Der

Tatbestand des Diebstahls und der Unterschlagung

nach dem bulgarischen Strafgesetze vom 2. Februar 1896.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wladimir Nikiphoroff
aus Lowetsch (Bulgarien).

Approbiert am 17. Juli 1905.

Erlangen.
Kgl. bayer. Hof- u. Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.
1905.

22

Referent: Herr Univ.-Professor Dr. Allfeld.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Die geschichtliche Entwicklung des bulgarischen Strafrechtes 2

§ 2. Begriff 8

I. Objekt.

§ 3. Eine Sache 11

§ 4. Eine bewegliche Sache 19

§ 5. Eine fremde Sache 20

§ 6. Die Sache braucht keinen Tauschwert zu haben . 28

II. Besitz oder Gewahrsam.

§ 7. Im allgemeinen 34

§ 8. Begriff des strafrechtlichen Besitzes 35

§ 9. Der Mitgewahrsam 40

§ 10. Verlust des Gewahrsams 44

III. Handlung.

§ 11. Im allgemeinen 50

§ 12. Zueignung und Wegnahme 52

§ 13. Die Rechtswidrigkeit 56

§ 14. Die Zueignungsabsicht 60

§ 15. Vollendung und Versuch 68

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0163

Literatur-Verzeichnis.

von Bar, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. IV.

—, Goltdammers Archiv Bd. 19 S. 649.

Baron, Deutsche Juristen-Zeitung. Bd. III S. 49 ff.

van den Berg, In der Strafgesetzgebung der Gegenwart, herausgegeben von Liszt Bd. I S. 710 ff.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 18. Auflage. Leipzig 1898.

Binding, Grundriss des Strafrechtes II.

—, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes. 2. Auflage. Bd. I. Leipzig 1902.

v. Büllow, Goltdammers Archiv Bd. 45 S. 321.

Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams in Zivil- und Strafrecht. Zürich 1885.

Dernburg, Pandekten Bd. I.

—, Deutsche Juristen-Zeitung 1896 S. 473 ff. und 1897 S. 76 ff.

Dickel, Der Tatbestand des Diebstahls nach dem deutschen Strafgesetzbuche. Dissert. Bonn 1877.

Doerr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Benneckes strafrechtliche Abhandlungen, Heft 3/4. Breslau 1897.

—, Gerichtssaal Bd. 52 S. 1 ff.

Draheim, Untreue und Unterschlagung. Benneckes strafrechtliche Abhandlungen, Heft 39.

Eckardt, Kontroversen in der Lehre vom Diebstahle. Dissert. Würzburg 1899.

Feisenberger, Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben. 1895.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Auflage. Leipzig 1901.

Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände. Benneckes strafrechtliche Abhandlungen. 1893. Serie I Heft 1.

Hälschner, System des preussischen Strafrechtes. Teil II. Bonn 1868.

—, Das gemeine deutsche Strafrecht. Band II. Bonn 1884.

Huber, Die Unterschlagung. 1875.

John, Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft Bd. I S. 266.

Ihering, Geist des römischen Rechtes. 3. Auflage. Bd. III.

Jireček, Geschichte der Bulgaren. Prag 1876.

von Kanitz, Donau-Bulgarien und der Balkan Bd. III. Leipzig 1875.

Kapf, Die Unterschlagung. 1879.

Kohlrausch, Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 20 S. 459 ff.

Hoppe, Deutsche Juristen-Zeitung 1897 S. 58.

Ledig, Gerichtssaal Bd. 54 S. 144 ff.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 12. und 13. Auflage. Berlin 1903.

Loebell, Deutsche Juristen-Zeitung 1897 S. 37.

Merkel, In Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechtes Bd. III.

Meyer H., Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 5. Auflage. 1895.

Mittelstein, Goltdammers Archiv Bd. 34 S. 176 ff.

Nikoff, Kommentar des bulgarischen Strafgesetzes Bd. II, besonderer Teil. Sofia 1900.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 6. Auflage. Berlin 1900.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Auflage. 1901.

Rathenau, Gerichtssaal Bd. 56 S. 153.

Rotering, Gerichtssaal Bd. 35 S. 350 ff.; Bd. 36 S. 520 ff. und 561 ff.; Bd. 38 S. 290.

Rudorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Auflage. 1892.

Schischmanoff, In der Strafgesetzgebung der Gegenwart, herausgegeben von Lizt Bd. II S. 485 ff.

Stenglein, Deutsche Juristen-Zeitung 1897 S. 102 ff.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 2. Auflage. 1874.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Auflage. Leipzig 1879.
Többen, Diebstahl an Erbschaften. Dissertation. Göttingen 1893.
Ullmann, Der Dolus beim Diebstahl. Mannheim 1870.
v. Vangerow, Pandekten Bd. I.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Vorlesungen. Leipzig 1881.
Wittko, Deutsche Juristen-Zeitung Bd. III S. 73 ff.

Einleitung.

Zu allen Zeiten, wie bei allen Völkern haben die Verbrechen, welche sich gegen das Vermögen des Menschen richten, immer die hervorragendste Stellung in der Strafgesetzgebung eingenommen.

Unter ihnen kommen aber, wie die Kriminalstatistik zeigt, Diebstahl und Unterschlagung am häufigsten vor.

Diebstahl und Unterschlagung haben nicht nur dieses häufigste Vorkommen gemeinsam, sondern sie stehen auch in einer inneren Verwandtschaft zueinander, indem sie sehr viele Begriffsmerkmale gemeinsam haben. Es kommen genug Fälle vor, wo es sehr schwer zu unterscheiden ist, ob der Tatbestand unter dem Begriffe des Diebstahls oder der Unterschlagung zu subsumieren ist. Dies zeigt das folgende Beispiel:

„Ein Arbeiter wartet im Wartesaale einer Eisenbahnstation auf den nächsten Zug; er will sich eine Fahrkarte lösen und bittet den neben ihm sitzenden B., solange auf seine Sachen acht zu geben. B. antwortet nichts und nimmt, während jener fort ist, die Sachen an sich und fährt damit auf einem inzwischen abfahrenden Zuge weg."

Das schwierigste ist hier, festzustellen, hatte der B. die Sachen „aus dem Besitze eines anderen" weg-

genommen, oder hat er sie schon „im Besitze oder Gewahrsam“?

Im ersteren Falle hätte er einen Diebstahl, im zweiten — eine Unterschlagung begangen.

Aus diesem inneren Grunde haben wir uns die Aufgabe gestellt, Diebstahl und Unterschlagung nach dem bulgarischen Strafgesetze vom 2. Februar 1896[1]) gemeinsam zu behandeln und werden an geeigneter Stelle ihre Unterschiede darlegen.

Im Verlaufe unserer Arbeit werden wir versuchen, neben der Darstellung der Tatbestandsmerkmale der beiden Delikte nach dem bulgarischen Strafgesetze auch nach Möglichkeit die in der Wissenschaft vorhandenen Streitfragen zu berücksichtigen, indem wir dabei wegen Mangels geeigneter bulgarischer Literatur in hohem Maße deutsche Literatur heranziehen werden.

Auch ein innerer Grund berechtigt uns dazu, denn wie wir sehen werden, sind die Unterschiede zwischen dem bulgarischen und deutschen Strafrechte in Hinsicht unseres Themas sehr gering.

§ 1.

Die geschichtliche Entwicklung des bulgarischen Strafrechtes.

Bevor wir zu der eigentlichen Aufgabe übergehen, wollen wir hier einen geschichtlichen Überblick über die Entwicklung des bulgarischen Strafrechtes geben.

---

1) In Deutsch übersetzt von Dr. jur. Frd. Krüger, Berlin 1897. Es gibt noch eine andere Übersetzung von Prof. Teichmann, welche als Beilage zum 18. Band der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft erschienen ist.

Zum besseren Verständnis teilen wir diese Entwicklung in vier Perioden, welche mit den wichtigen politischen Ereignissen zusammenfallen, ein.

Diese sind:

I. Periode: von der Gründung des bulgarischen Reiches durch die Wolga-Bulgaren bis zum Übergang zum Christentum (679—864);

II. Periode: vom Übergang zum Christentum bis zum Türkenjoch (864—1394);

III. Periode: Zeit der Türkenherrschaft (1394 bis 1878);

IV. Periode: seit der Befreiung Bulgariens.

Den Diebstahlsbegriff im Wechsel der Perioden festzustellen, ist aus Mangel an Quellen nicht möglich, verfolgen können wir nur den Charakter der Justiz in den einzelnen Perioden.

Die Justiz während der ersten Periode, was auch mit dem kriegerischen Charakter der Bulgaren übereinstimmt, ist sehr streng, barbarisch gewesen; die Behandlung der Verbrecher war eine grausame, das können wir z. B. sehr gut aus den vom Zaren Boris an den Papst Nikolaus I. gerichteten Fragen, betreffend eine der christlichen Auffassung gemäße Behandlung der Verbrecher ersehen.

In einer derselben frägt er z. B. an, wie soll man von nun an mit dem Diebe und dem Räuber verfahren, wenn sie das Verbrechen leugnen; soll der Richter sie, wie bisher mit dem Stocke auf den Kopf schlagen oder mit einem spitzen Eisen in die Seite stechen, solange sie ihre Verbrechen leugnen, oder soll man sie milde behandeln?

In ähnlicher Weise erfährt man aus den anderen Fragen, daß die Verbrecher außerordentlich grausam

bestraft wurden; die Todesstrafe gehörte zu den häufigst vollzogenen Strafen.

Die Justiz der nächsten 500—600 Jahre, nämlich bis zur Unterwerfung unter den Türken, liegt noch weniger klar vor unseren Augen. Anzunehmen ist wohl, daß das Christentum, wie der friedliche Charakter der einheimischen Slaven sehr viel zur Milderung der staatlichen Justiz beigetragen haben. Eine rechtsgeschichtliche Urkunde aber aus dieser Periode fehlt; dafür trifft man in anderen Urkunden Spuren jener altslavischen Rechtsgebräuche, welche noch heutzutage unter dem Volke im Gebrauche sind und welche wesentlich kirchlicher Natur sind. Ein Gesetzbuch aus dieser Periode, welches dem Zakonnik des Serbenzaren Duschan gleichzustellen ist, wird von den bulgarischen Gelehrten vermißt[1]).

Es ist wohl anzunehmen, daß sehr viele in dem Zakonnik Duschans enthaltenen Vorschriften auch unter den Bulgaren als Gewohnheitsrecht oder als Gesetzesrecht Geltung gehabt haben, da die Entwicklung dieser beiden verwandten Völker sehr gleichartig gewesen ist. So z. B. ist derjenige altslavische Rechtsgebrauch, die solidarische Verantwortlichkeit des ganzen Dorfes für ein in dessen Gemarkung begangenes Verbrechen, falls der Täter nicht entdeckt wurde, auch von der späteren Gesetzgebung Duschans zum Schutze des Handels aufgenommen worden; besonders streng wurden in diesem Zakonnik die Diebe und Räuber bestraft. Daß bloß dieser der einzige auch bulgarische Rechtsgebrauch ist, welcher in dem

1) Vgl. Jireček Konstantin, Gesch. d. Bulgaren, Prag 1876, S. 407.

genannten Zakonnik enthalten ist, wird schwerlich zu behaupten sein[2]).

In dieser Periode finden sich auch sehr viele kirchliche Bestimmungen, welche zugleich auch manche weltliche Vorschriften enthalten, da aber ihr Ursprung meist byzantinisch ist, so bedürfen sie einer genauen Untersuchung.

In der dritten Periode hat das bulgarische Recht sich weiter zu entwickeln aufhören müssen; es wird von dem Rechte der Eroberer verdrängt; an seine Stelle tritt jetzt das osmanische Recht, welches zuerst einen religiösen Charakter hat und dessen Grundlage der Koran bildet[3]).

Erst im Jahre 1857 wurde unter dem Einflusse der westeuropäischen Staaten ein neues Strafgesetzbuch für die Türkei geschaffen, welches für alle Christen und Muhamedaner maßgebend war.

Dieses Strafgesetzbuch[4]), welches sehr viele Bestimmungen aus dem französischen code pénale enthält, hatte im Jahre 1865 einige Ergänzungen erfahren, war aber durch Auslassung von wichtigen Bestimmungen

2) In der heutigen bulgarischen Gesetzgebung ist diese alte Dorfverantwortlichkeit nur bei den Brandstiftungen auf den Dörfern noch aufrecht erhalten; Art. 3 des Ges. betreffend die Brandstiftungen auf den Dörfern u. s. w. bestimmt, daß die Einwohner des Dorfes, in dessen Gemarkung der Brand entstanden ist, verpflichtet sind den Beschädigten den entstandenen Schaden zu ersetzen, falls es der Polizei in den ersten vier Monaten nicht gelungen ist den Täter zu fassen.

3) Vgl. über das türkische Recht, Prof. Dr. L. W. C. van den Berg in d. Strafgesetzgebung der Gegenwart, herausgegeben von v. Liszt, Bd. 1, S. 710ff.

4) Vgl. van den Berg, ebenda S. 723.

und durch Hinzufügung von echt türkischen Normen in seinem Werte sehr viel herabgemindert.

Dieses Strafgesetz wurde nach der Befreiung Bulgariens, weil es nicht möglich war in kurzer Zeit ein neues Strafgesetz zu schaffen, mit wenigen Änderungen unter dem Namen „Das ottomanische Strafgesetz“ zum bulgarischen Strafgesetz erklärt[5]).

Gleich nach der Befreiung Bulgariens tauchte der Gedanke auf ein modernes, den Anschauungen des bulgarischen Volkes entsprechendes Strafgesetz zu schaffen, denn die Anwendung des ottomanischen Gesetzes, trotzdem es dem französischen code pénale entnommen, machte dem christlich denkenden Richter sehr große Schwierigkeiten; daher waren auch viele Bestimmungen dieses Gesetzes nie angewendet.

Von dem Gedanken, das ottomanische Strafgesetz abzuschaffen und ein eigenes bulgarisches Strafgesetz zu schaffen, war schon im Jahre 1886 der damalige Justizminister Dr. Stoiloff, ein hervorragender Jurist Bulgariens, erfüllt.

Er hatte schon desselben Jahres, um seinen Plan zu realisieren, den Richter bei dem Kreisgericht zu Russe Djakowitsch beauftragt, einen Entwurf zu einem Strafgesetze auszuarbeiten. Der nach einem Jahre fertiggestellte Entwurf von Djakowitsch wurde einer Kommission, bestehend aus den besten Juristen Bulgariens, vorgelegt und mit wenigen unwesentlichen Änderungen von ihr angenommen. So ausgearbeiteten Entwurf legte der Justizminister im Jahre 1888 der Deputiertenkammer vor. Ihm war es aber nicht be-

5) Vgl. Dr. Schischmanoff in der Strafgesetzgebung der Gegenwart, Bd. 2, S. 485.

stimmt Gesetz zu werden. Die Kammer nahm diesen Entwurf allerdings bei der ersten Lesung an, bei der zweiten aber (diese reichte nur bis zum Artikel 174) machte sich eine Unzufriedenheit gegen den Justizminister unter der Mehrheit der Deputierten und zugleich gegen den von ihm verteidigten Gesetzentwurf bemerkbar, so daß der Justizminister genötigt war seine Demission zu nehmen und somit sein Werk fallen mußte. So mußte noch für einige Jahre das ottomanische Strafgesetz in Kraft bleiben.

Erst 8 Jahre später, im Jahre 1896, nachdem schon im Jahre 1894 Dr. Stoiloff wieder zum Minister ernannt wurde, gelang es ihm einen neuen Gesetzentwurf der Kammer vorzulegen. Dieser neue Entwurf war derselbe vom Jahre 1888, er war nur von einer neuen Kommission ganz oberflächlich durchgesehen [6]. Dieser Entwurf wurde diesmal mit wenigen Änderungen am 15. Januar 1896 von der Kammer unter dem Titel „Strafgesetz“ angenommen, am 2. Februar 1896 wurde es sanktioniert und trat am 1. Mai 1896 in Kraft.

So wurde 18 Jahre nach der Befreiung Bulgariens von dem Türkenjoch ein Strafgesetz entsprechend den modernen Anschauungen und dem Volksbewußtsein geschaffen.

Der Einfluß der westeuropäischen Staaten ist bei der Schaffung des neuen Strafgesetzes so überwiegend gewesen, dass man von einer an die vorhergehende Zeit anknüpfende Entwicklung nicht reden kann.

6) Die zweite wie die erste Kommission hat keine schriftlichen Protokolle, dieses so wertvolles Material für eine wissenschaftliche Arbeit, über ihre Sitzungen geführt.

Als Hauptquellen des Strafgesetzes sind an erster Stelle die Strafgesetze der Niederlande und Ungarns und auch der Entwurf eines Strafgesetzes für Rußland von 1885 zu nennen[7]).

Da wir nun Diebstahl und Unterschlagung nach dem geltenden bulgarischen Strafrechte behandeln wollen, so werden wir unserer Darstellung die Artikel 313—324 des ebengenannten Strafgesetzes zugrunde legen.

§ 2.

Begriff.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen eine geschichtliche Entwicklung des bulgarischen Strafrechtes zu geben versucht haben, kommen wir nun zu unserem eigentlichen Thema.

Art. 313 des bulgarischen Strafgesetzes lautet:

„Wer eine fremde bewegliche Sache aus dem Besitze eines anderen ohne dessen Einwilligung in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Zuchthaus bis zu drei Jahren bestraft.

Anmerkung: Diebstahl ist auch dann vorhanden, wenn ein Teil der gestohlenen Sachen dem Diebe selbst gehört."

Die Unterschlagung wird im Art. 319 so definiert:

„Wer eine fremde bewegliche Sache, die er im Besitz oder Gewahrsam hat, sich

7) Was das Gesetz selbst anbetrifft, seine Teilung vgl. Schischmanoff a. a. O. S. 485ff.

rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Zuchthaus bis zu drei Jahren bestraft.

Eine Zueignung gilt als ausgeführt, sobald der Besitzer oder Bewahrer eine derartige Sache, wie seine eigene gebraucht, oder wenn er leugnet, daß die betreffende Sache demjenigen gehört, welcher das Recht hat, sie zu verlangen."

Aus diesen Begriffsbestimmungen können wir sehen, daß der Diebstahl ein Verbrechen ist, welches die Entziehung des Eigentums und des Besitzes betrifft, oder vielmehr die Entziehung des Besitzes, denn das Gesetz sagt: „aus dem Besitze eines anderen wegnimmt", daß der Besitzer auch identisch mit dem Eigentümer sein muß, wird von dem Gesetze nicht verlangt; also ist es nicht nötig, daß die Sache Eigentum des Besitzers sei; beim Diebstahl also einer Sache, welche sich zur Zeit der Wegnahme im Gewahrsam einer anderen Person als des Eigentümers befindet, ist als Verletzer nicht nur der Inhaber des Gewahrsams, sondern auch der Eigentümer der Sache zu betrachten[1]).

---

1) So: Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 2, S. 306; Ohlshausen, Kommentar des deutschen Strafgesetzbuches, 6 Aufl., S. 933; H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 5. Aufl., S. 563; nach v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 12. u. 13. Aufl., S. 433 ist beim Diebstahl nur der Inhaber verletzt, weil nach dem technischen Sinne des Wortes „verletzt" nur der Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes sein kann; zu dieser Meinung bekennen sich ferner: Schütze, Lehrbuch, S. 446; Rathenau im Gerichtssaal, Bd. 56,

Die Unterschlagung dagegen hat zum Gegenstand die Entziehung des Eigentums, hier wird nie der Besitzer, sondern immer der Eigentümer durch den Besitzer verletzt. Also dort, wo keine Eigentumsverletzung stattgefunden hat, liegt auch keine Unterschlagung vor[2]).

Dadurch, daß die Unterschlagung sich gegen die Entziehung des Eigentums richtet, ist es sozusagen das einfachere Verbrechen, welches im Diebstahl enthalten ist. Das beweist uns sehr gut die geschichtliche Entwicklung der beiden Vergehensarten. Das römische Recht kannte die Unterschlagung als ein selbständiges Delikt gar nicht[3]), sondern faßte sie in dem weiten Begriffe des furtum zusammen; erst die spätere Entwicklung hat die Trennung zwischen dem Diebstahl und der Unterschlagung gebracht und die Unterschlagung zu einem selbständigen Delikt ausgebildet.

Der Diebstahl wird dadurch charakterisiert, daß die Handlung des Täters lediglich darin besteht, die Sache aus dem fremden Besitze wegzunehmen und sie dann in seinen eigenen zu bringen, bei der Unterschlagung dagegen — dadurch, daß die Sache sich schon in seinem Besitze befindet und um das Delikt zu vollenden, — muß er den Willen kundgeben die Sache dem Eigentümer nicht zurückgeben zu wollen.

S. 153. Eine andere Ansicht, zu welcher v. Bar in Goltdammers Archiv Bd. 19, S. 649, Binding, Lehrbuch, S. 294, Merkel in Holtzendorfs Handbuch, Bd. 3, S. 712 gehören, nimmt an, daß beim Diebstahl nur der Eigentümer verletzt wird.

2) Vgl. Hälschner a. a. O. S. 353.

3) Vgl. Merkel a. a. O. S. 690.

I. Objekt.

§ 3.

Eine Sache.

Zum Objekt haben die beiden Delikte gemeinsam „eine Sache“. Unter Sache sind, wie allgemein anerkannt wird, nur körperliche Gegenstände zu verstehen, soweit sie der menschlichen Herrschaft zugänglich sind. In welchem Aggregatzustande sich die Sache befindet ist ganz gleichgültig; sie kann fest, flüssig oder gasförmig sein, also keiner der drei Aggregatzustände schließt die Körperlichkeit der Sache aus. Derjenige, welcher widerrechtlich aus der Gasleitung durch ein Rohr Gas ableitet, um seine Wohnung zu beleuchten, macht sich genau so des Diebstahls schuldig, wie derjenige, der das Portemonnaie aus der Tasche eines anderen wegnimmt.

Weder Diebstahl noch Unterschlagung ist daher an Rechten, Gedanken möglich; wohl aber an Manuskripten, welche Gedanken oder Rechte enthalten; ebenso unmöglich ist Diebstahl an einer Kraft, weil es sich hier nur um Wegnahme einer Energie, was nach dem Gesetze straflos ist, nicht aber — einer Sache handelt. Kein Diebstahl ist auch an Elektrizität möglich, denn der in der Leitung befindliche Strom ist keine körperliche Sache im Sinne des Gesetzes.

Diese früher in der deutschen Literatur sehr bestrittene Frage ist nun durch das Reichsgesetz vom 9. April 1900 betreffend „widerrechtliche Entziehung der elektrischen Arbeit“ dahin erledigt, daß die Ent-

ziehung von Elektrizität zu einem selbständigen Delikt gemacht wurde.

Vor den bulgarischen Gerichten ist bis jetzt, soweit es uns bekannt ist, kein solcher Fall, wo es sich um Entziehung von Elektrizität handelt, vorgekommen; kann aber immer noch vorkommen.

Da uns die Frage von sehr großer Wichtigkeit erscheint, wollen wir hier die verschiedenen Ansichten kurz beleuchten[1]).

Es sind die Ansichten über die Frage: Ist ein Elektrizitätsdiebstahl möglich? hauptsächlich in zwei Gruppen geteilt.

Die eine erkennt die Sachqualität der elektrischen Energie an, die entgegengesetzte — leugnet sie; für die erstere ist ein Diebstahl an Elektrizität möglich, für die letztere — nicht.

Bevor wir nun zu den Hauptansichten übergehen, wollen wir zunächst diejenige wenig vertretene Ansicht erwähnen, welche dem Kampf der Meinungen zu entfliehen sucht, indem sie, ohne Rücksicht auf die Natur der Elektrizität, die Entziehung der elektrischen Energie als Sachbeschädigung darstellt. Diese in der deutschen Literatur von Baron in der Deutschen Juristenzeitung III S. 49ff. und Wittko, ebenda S. 73ff. vertretene Ansicht wird in der bulgarischen Literatur von Nikoff in seinem Kommentar des bulgarischen Strafgesetzes Bd. I S. 362 vertreten. Folgendermaßen begründet der letztere seine Ansicht:

1) Eine sehr eingehende Prüfung der verschiedenen Ansichten unter Berücksichtigung des naturwissenschaftlichen Standpunktes ist von Kohlrausch in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 20, S. 459ff. gegeben.

„Wie der elektrische Draht, so ist auch der gewöhnliche Draht ein eigentumsfähiger Gegenstand; der Wert aber des elektrischen Drahtes ist viel größer, weil man, um dem gewöhnlichen Drahte die elektrische Eigenschaft zu verleihen, bezahlen muß. Wer ohne Vertrag vorsätzlich und rechtswidrig seinen Draht an die elektrische Leitung anschließt, beschädigt diese Leitung, weil er einen Teil ihrer Eigenschaft abnimmt; sie verliert ihre elektrische Eigenschaft und behält den Wert eines gewöhnlichen Metalles."

Somit erklärt Nikoff, daß die widerrechtliche Entziehung elektrischer Arbeit wegen Sachbeschädigung nach dem Art. 380 des bulgarischen Strafgesetzes zu bestrafen sei[2]).

Diese Ansicht finden wir jedoch aus den folgenden Gründen nicht zutreffend. Hier wird die eigentliche Sachbeschädigung mit der Vermögensbeschädigung verwechselt. Die strafbare Sachbeschädigung erfordert eine Wirkung auf die Substanz der Sache, eine Minderung und eine Beseitigung ihrer Unversehrtheit[3]).

Für den Tatbestand der strafbaren Sachbeschädigung

---

2) Art. 380 des bulgarischen Strafgesetzes lautet: Wer rechtswidrig eine fremde bewegliche oder unbewegliche Sache beschädigt, zerstört oder vernichtet, wird mit Gefängnis bestraft. Wenn der Wert des beschädigten Vermögensstückes den Betrag von einhundert Franken nicht übersteigt, so tritt Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu fünfhundert Franken ein

3) Vgl. Merkel a. a. O. S. 879 ff.: Bei der Sachbeschädigung wird auf die Substanz der Sache so eingewirkt, daß dieselbe verändert oder die Sache, als solche, wie sie bisher existierte, ganz vernichtet wird.

ist Verletzung eines bestimmten Vermögensrechtes wie des Eigentums, nicht des Vermögens überhaupt erforderlich und ferner eine rechtswidrige Absicht, d. h. eine vorsätzliche Tätigkeit, welche mit dem Bewußtsein ihrer Rechtswidrigkeit und in der Absicht, durch dieselbe die Beschädigung oder Zerstörung der Sache zu verüben, bewirkt wird (Hälschner a. a. O. S. 388). Durch die Anknüpfung eines Drahtes an der fremden Leitung wird diese nicht im geringsten beschädigt oder zerstört, sie bleibt genau so wie vorher fähig zur Verbreitung von Elektrizität. Außerdem fehlt die erforderliche rechtswidrige Absicht bei dem Täter vollständig, er will die Leitung gar nicht beschädigen, sondern es liegt in seinem Interesse, daß sie unbeschädigt bleibt, damit er sie ausnützen kann.

Aus diesen Gründen finden wir, daß die Anwendung des Art. 380, durch den das Eigentum von vorsätzlicher Beschädigung oder Zerstörung einzelner zu demselben gehöriger Sachen geschützt wird, bei der widerrechtlichen Entziehung fremder elektrischer Energie nicht angemessen ist. Daß das Vermögen des Eigentümers einer solchen elektrischen Leitung durch eine solche Handlung mehr oder weniger beschädigt wird, indem er für die verbrauchbare Elektrizität weniger bekommt, ist ganz klar; er kann aber seine Ersatzansprüche im zivilrechtlichen Wege geltend machen.

Nicht in der bulgarischen Literatur vertreten ist die Ansicht, welche die elektrische Energie „als etwas Stoffliches“ ansieht und daher in der Entziehung der Elektrizität die für den Tatbestand des Diebstahls erforderliche Merkmale gegeben erachtet.

Diese Ansicht vertritt hauptsächlich Dernburg

in der Deutschen Juristenzeitung 1896 S. 473 ff. und 1897 S. 76 ff.

Dernburg begründet seine Ansicht unter anderem auch dadurch, daß er zwischen Entwendung von Gas, Wasser und Elektrizität keinen Unterschied findet, denn die Elektrizität soll genau so Stoffliches wie jene sein. „Wer sich Elektrizität aneignet, eignet sich in Wirklichkeit etwas Stoffliches an, was elektrisch wirkt“ (a. a. O. S. 76).

Diese Ansicht ist deshalb nicht richtig, weil Dernburg gerade das als bewiesen annimmt, was des Beweises bedarf.

Ob die Elektrizität etwas körperliches sei, können wir Juristen nicht entscheiden, das müssen die Physiker tun; da aber nach dem heutigen Stande der Physik die Elektrizität nicht als Stoff, sondern als Energieform betrachtet wird, so können wir die Entwendung von elektrischer Energie nicht unter den Schutz des Art. 313 stellen, denn wie schon erwähnt, ist Diebstahl nur an einer Sache möglich. Der Ansicht, welche bei Entwendung von Elektrizität, weil diese eine Energie ist, keinen Diebstahl ansieht, ist übrigens die Mehrzahl der Rechtsgelehrten[4]).

Auch das deutsche Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 20. Mai 1896 (Bd. 29, S. 151 ff.) für die Richtigkeit dieser Ansicht folgendermaßen erklärt:

> „Die Elektrizität sei keine selbständige Sache, sondern ein Zustand, der längs des Leitungsdrahtes vermittelt wurde und vermutlich in Schwingungen kleiner Teile (Moleküle) der

4) Vgl. Olshausen a. a O. S. 869; v. Liszt a. a. O. S 427; Binding a. a. O. S. 258; Hoppe in der Deutschen Juristenzeitung 1897, S. 58; Ledig in Gerichtssaal, Bd. 54, S. 144.

Körper bestehe; demnach ist anzunehmen, daß die Elektrizität nicht eine Sache sei, sondern ein Zustand, der nur in seinem Effekte in der „Kraft", die er erzeuge, wahrgenommen werden könne; die Messungen, die man vornehmen könne, bezögen sich nicht auf ein verbrauchbares Stoffquantum, sondern auf verbrauchbarer Kraft."

Hier wollen wir vor dem Schlusse unserer Ausführungen noch eine Meinung erwähnen, die, weil sie die Elektrizität für Energieform ansieht, ebenfalls einen Diebstahl an ihr nicht für möglich erachtet. Das ist die Ansicht, welche Stenglein in der Deutschen Juristenzeitung 1897 S. 102/3 vertritt.

Er spricht sich zwar gegen den Diebstahl, findet aber, daß die widerrechtliche Entziehung von Elektrizität den Tatbestand des Betruges enthalte. In folgender Weise begründet er seine Ansicht:

„Daß die heimliche Veranstaltung, durch welche fremde Kraft ausgenützt und deren Berechtigter über die Leistung seiner Maschine und den dafür auszusprechenden zivilistischen Ersatzanspruch getäuscht und zum Arbeiter wider Willen gemacht wird, als Unterdrückung wahrer Tatsachen charakterisiert werden kann, scheint mir gleichfalls nicht zweifelhaft.

Daß derjenige, der die Kosten der Krafterzeugung trägt, ohne das entsprechende Äquivalent zu erhalten, beschädigt wird, steht wohl ebenso fest, als daß derjenige, welcher mittelst Täuschung eine unentgeltliche Arbeitsleistung empfängt, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft."

Diese Meinung Stengleins ist insofern unrichtig, als bei der Entziehung fremder elektrischer Energie es an der Absicht des Täters einen Irrtum zu erregen fehlt, welche zur Annahme eines Betrugs[5]) erforderliches Kennzeichen ist. Ein Irrtum liegt nur dann vor, wenn eine Vorstellung an etwas, welches nicht richtig ist, vorhanden ist[6]). In diesem Fall kann beim Eigentümer der Leitung ein Irrtum nur insofern vorliegen, als er glaubt, daß die erzeugte Kraft seiner Maschine nur ihm zu gute kommt; der Täter aber gibt durch die einfache Entnahme nicht die Absicht kund, in dem Eigentümer diesen Irrtum zu erregen. Aus diesen Gründen können wir dieser Ansicht nicht beitreten.

Fassen wir nun unsere Betrachtungen kurz zusammen: Folgend dem heutigen Stande der Physik, müssen wir, solange uns die Physiker nicht das Gegenteil beweisen können, in der Elektrizität eine Energieform sehen.

Da aber, wie schon oben erwähnt, Diebstahl, wie Unterschlagung nur an einer Sache begangen werden könne, so bleibt nichts anderes übrig, als uns der Ansicht derjenigen anzuschließen, welche einen Diebstahl an Elektrizität für nicht möglich erachten. Da aber durch diese Handlung, an deren Widerrechtlichkeit nicht zu zweifeln ist, die Tatbestandsmerkmale keines im Strafgesetz bezeichneten Verbrechens erfüllt wird,

5) Art. 344 des Gesetzes definiert den Betrug so: Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, bei einem anderen auf listiger oder betrügerischer Weise einen Irrtum erregt oder unterhält und den Betreffenden hierdurch einen Vermögensnachteil (Verlust) verursacht, wird wegen Betrugs mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

6) Vgl. Olshausen a. a. O. S. 996.

so sehen wir, daß im Strafgesetze eine Lücke vorhanden ist, deren Ausfüllung nur im Wege der Gesetzgebung geschehen kann. Solange diese Lücke im Gesetze nicht ausgefüllt wird, müssen alle diejenigen, welche fremde elektrische Energie entwenden, unbestraft bleiben, denn die Analogie, wie im Zivilrechte, ist im Strafrechte ausgeschlossen.

> „Der Strafrichter, sagt Loebell, in der Deutschen Juristenzeitung 1897 S. 73, ist nicht so frei wie der Zivilrichter. Während dieser berechtigt und auch verpflichtet ist, aus den Fortschritten des Verkehrs und der Technik ergehende neue Rechtsfragen in Ermangelung positiver Gesetze im Wege der Analogie zu entscheiden, ist der Strafrichter durch den Satz: „nulla paena sine lege“ beschränkt. Die von ihm erkannte politische und wirtschaftliche Notwendigkeit strafrechtlichen Schutzes für ein vom Gesetze nicht geschütztes Rechtsgut, gibt ihm nicht die Befugnis, diesem Rechtsgut durch analoge Anwendung eines für einen anderen Fall geschaffenen Strafgesetzes Schutz zu gewähren. Dem Strafrichter bleibt nichts anderes übrig, als den Angeklagten freizusprechen.“

Dadurch, daß das Gesetz als Objekt der beiden Delikte eine Sache verlangt, ist ausgeschlossen, daß der lebendige Mensch gestohlen werden kann, weil er eine Person aber keine Sache ist, auch dann nicht, wenn rechtlich die Sklaverei anerkannt ist[7]).

Über die Frage, ob an menschlichen Leichen und

7) Vgl. v. Liszt a. a. O. S. 426.

Leichenteilen Diebstahl resp. Unterschlagung begangen werden könne, werden wir im Laufe unserer Arbeit noch zurückkommen.

§ 4.

Eine bewegliche Sache.

Es wird als weiteres Merkmal verlangt, daß die Sache beweglich sein muß; es fällt mithin das Angreifen einer unbeweglichen Sache nicht unter dem Schutze dieser Artikel.

Über den Begriff der Beweglichkeit resp. Unbeweglichkeit entscheidet auch hier das tatsächliche Verhältnis, nicht die zivilrechtlichen Normen; es kann auch ein Haus als beweglich angesehen werden, wenn es nämlich dem Täter gelingt, es — gleichgültig mit welchen Mitteln — transportabel zu machen[1]).

Es ist nicht erforderlich, daß die Sache von Anfang an für sich als beweglich existiert hat, sie kann von dem Täter gerade zum Zwecke des Diebstahls beweglich gemacht worden sein, z. B. Teile eines Gebäudes, Bäume eines Gartens u. s. w.

Soweit mithin einer unbeweglichen Sache die Eigenschaft der Unbeweglichkeit bei der Deliktshandlung nicht genommen wird, liegt ein Diebstahl resp. eine Unterschlagung nicht vor, z. B. ist kein Diebstahl die Okkupation eines fremden Hauses, oder die durch die Verrückung des Grenzsteines herbeigeführte Verkleinerung eines Grundstückes oder ähnliche Handlungen.

1) Vgl. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl., S. 569; Dickel, Der Tatbestand des Diebstahls nach dem deutschen Strafgesetzbuche, Bonner Dissert. 1877, S. 24.

Daß die Teile einer beweglichen Sache gestohlen werden können, bedarf wohl keiner besonderen Auseinandersetzung, wer z. B. die Wolle eines Schafes abschert und damit wegläuft, begeht entweder eine Unterschlagung, wenn er das Schaf im Besitze hatte, oder Diebstahl, wenn es im Besitze eines anderen war.

§ 5.

Eine fremde Sache.

Außer die natürliche Eigenschaft beweglich zu sein, muß die Sache noch die juristische haben fremd zu sein, d. h. sie muß zur Zeit der Handlung im Eigentum eines anderen stehen. Der Begriff des Eigentums ist ein zivilrechtlicher, ein „kriminalistisches" Eigentum gibt es nicht (Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 299).

Über Erwerb und Verlust des Eigentums kommen daher die Bestimmungen des Zivilrechtes in Betracht; nun also zu entscheiden, ob die Sache im fremden Eigentum ist oder nicht, ist das Zivilrecht des Ortes anzuwenden. In wessen Eigentum sich die Sache befindet ist ganz gleichgültig, sie darf sich nur nicht im Eigentum des Täters befinden.

Da die Sache für den Täter eine fremde sein muß und er bei ihrer Wegnahme die rechtswidrige Absicht haben soll, so ergibt sich, daß derjenige, welcher eine fremde Sache in der Meinung, sie sei seine eigene, wegnimmt, deshalb keinen Diebstahl begeht, weil es ihm an der vom Gesetze erforderlichen „rechtswidrigen Absicht" fehlt; ebenso wie sich auch derjenige keines Diebstahls schuldig macht, welcher seine eigene Sache in der Meinung, sie sei eine fremde,

wegnimmt, denn hier fehlt das objektive Merkmal der Fremdheit.

Es könnte sich bei der Wegnahme der eigenen Sache, in der Meinung, sie sei eine fremde, höchstens, wenn alle anderen Voraussetzungen vorhanden sind, um einen Diebstahlsversuch am untauglichen Objekte handeln[1]); über dessen Strafbarkeit allerdings verschiedene Ansichten herrschen.

Wir halten es in diesem Falle für richtiger, wenn der Versuch als solcher am absolut untauglichen Objekte straflos bleiben muß, denn hier wird weder ein fremdes Interesse, welches des strafrechtlichen Schutzes bedarf, verletzt, noch die Rechtsordnung selbst dadurch gefährdet.

Diejenige Handlung, bei welcher der Täter seine eigene Sache aus dem Besitze desjenigen wegnimmt, bei dem sie verpfändet war, also das Interesse eines anderen verletzt wird, ist nicht wegen Diebstahls nach dem Art. 313, sondern nach dem Art. 335 Nr. 2 wegen „rechtswidriges Behalten“ zu bestrafen; wohl aber kann der Eigentümer an seiner eigenen Sache eine Unterschlagung begehen, wie sich aus der positiven Bestimmung des Art. 321 ergibt, wo es heißt, daß auch derjenige in Gemäßheit der Art. 319 und 320 zu bestrafen ist, welcher auf gleichartige Weise mit seiner eigenen Sache verfährt, die auf Veranlassung einer Gerichts- oder anderen öffentlichen Behörde mit Beschlag belegt, ihm indessen anvertraut oder zur Aufbewahrung belassen war.

---

1) Vgl. Dickel a. a. O. S. 26; v. Wächter, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen S. 412. Andere Meinung Oppenhoff, er nimmt a. a. O. S. 556 in diesem Falle Putativvergehen an.

Daß der Eigentümer keinen Diebstahl an seiner eigenen Sache begehen kann, haben wir gesehen; was nun die Frage, ob der Miteigentümer an der im Miteigentum stehenden Sache Diebstahl begehen kann? anbetrifft, sind wir durch die Anmerkung zu dem Art. 313 einer theoretischen Erörterung enthoben, wo es ausdrücklich heißt, daß ein Diebstahl auch dann vorhanden ist, wenn ein Teil der gestohlenen Sachen dem Diebe selbst gehört.

Hinsichtlich der Unterschlagung der in Miteigentum stehenden Sache seitens des Miteigentümers, falls er die (ganze) Sache im alleinigen Besitze hat, meinen wir, daß eine solche sehr wohl möglich ist, denn ihm steht als Miteigentümer nur ein ideeller Anteil an der Sache zu und daher ist Gegenstand seines Eigentums nicht die ganze Sache, eignet er sich die ganze Sache zu, so verletzt er das Eigentum des anderen und eignet sich dieselbe als eine fremde zu, denn sie unterliegt zugleich dem Eigentum des anderen. Es muß allerdings bei der Schätzung der Sache, um die Strafe angemessen festzusetzen, nach Art. 320 der Wert seines Anteils abgezogen werden; für den Tatbestand des Deliktes ist es aber ohne Bedeutung.

Durch das Erfordernis, daß nur Sachen, welche in fremdem Eigentum stehen, gestohlen oder unterschlagen werden können, sind alle anderen Sachen, welche in niemandes Eigentum stehen, unfähig Objekte des Diebstahls resp. der Unterschlagung zu sein.

Hierher gehören zunächst die herrenlosen Sachen; solche sind: wilde Tiere, solange sie in ihrer natürlichen Freiheit herumlaufen, Fische in ungeschlossenen Gewässern u. s. w. Wer daher im fremden Walde unbefugt jagt und dort Wild tötet, begeht durch dessen

Aneignung keinen Diebstahl. Diese wilden Tiere sind aber, sobald sie von jemanden gefangen worden sind oder sich im Tiergarten befinden, nicht mehr herrenlos und ist daher Diebstahl resp. Unterschlagung, wie an anderen Sachen, an ihnen möglich. Erlangt aber ein solches gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es bekanntlich wieder herrenlos, wenn der Eigentümer es unverzüglich nicht verfolgt oder die Verfolgung aufgibt. Nicht zu den herrenlosen Sachen gehören diejenigen gezähmten Tiere, welche der Eigentümer herumlaufen läßt, weil sie die Gewohnheit besitzen zum Eigentümer zurückzukehren; an ihnen ist ein Diebstahl möglich, solange sie diese Gewohnheit nicht verloren haben. Zu denjenigen Sachen, welche in niemandes Eigentum stehen, sind ferner die derelinquierten zu rechnen. Eine Sache ist derelinquiert, wenn der bisherige Eigentümer sich der Sache entäußert hat mit dem Willen sie ferner nicht mehr zu eigen zu haben. Wann aber eine Sache als derelinquiert anzusehen ist, kann nicht immer genau festgestellt werden, weil es sich nicht so leicht behaupten läßt, wann der Eigentümer den Willen die Sache als eigene zu haben, aufgegeben hat, so z. B. wird jeder annehmen dürfen, wenn jemand den Zigarrenstummel wegwirft, daß er das Eigentum aufgeben will, nicht so ist es aber, wenn der Eigentümer bei dem Brande seines Stalles die erschreckten Tiere losläßt.

Hierher gehört auch die Frage, sind die dem Toten aus Liebe, Anhängigkeit mitgegebenen Sachen als derelinquiert anzusehen und damit ihre rechtswidrige Zueignung aus dem Tatbestande des Diebstahls ausgeschlossen oder nicht?

Es wird nämlich vielfach in der Literatur an-

genommen, daß sie von dem Eigentümer derelinquiert sind und die Zueignung derselben kein Diebstahl ist; so Binding, Lehrbuch I S. 262 hält das Bleiben des Eigentums bei dem bisherigen Eigentümer für undenkbar, weil aber der Tote sie nicht besitzen kann, nimmt er bei der Entwendung solcher Sachen keinen Diebstahl an. Anderseits wird die Dereliktion verneint, indem angenommen wird, daß der Eigentümer erst nach der Zerstörung des Grabes auf sein Eigentum verzichten will und daher ist inzwischen Diebstahl möglich[2]).

Das bulgarische Strafgesetz hat durch den Art. 315 Nr. 2 diese Frage dahin entschieden, daß die Entwendung der dem Toten mit ins Grab gegebenen Sachen den Tatbestand sogar eines schweren Diebstahls darstellt.

Im vorigen Paragraphen haben wir gesehen, daß der lebendige Mensch nicht gestohlen werden kann; nun fragt sich, ob die menschliche Leiche Objekt des Diebstahls resp. der Unterschlagung sein kann?

Die Bejahung oder Verneinung dieser Frage ist eng mit zwei anderen Fragen verknüpft, nämlich: Ist die menschliche Leiche eine Sache im Sinne des Gesetzes und wenn sie eine solche ist, ob sie in jemandes Eigentum stehen kann?

> „Leiche ist, sagt v. Liszt a. a. O. S. 400, die entseelte Hülle eines Menschen, solange der Zusammenhang zwischen den Teilen des Körpers nicht völlig aufgehoben ist; also auch

2) Vgl. darüber Dickel a. a. O. S. 25, welcher den Diebstahl verneint, dagegen Merkel a. a. O. S 633, Oppenhoff a. a O. S. 567, v. Liszt a. a. O. S 427.

die Mumie, nicht die Asche des Verbrannten. Die Leibesfrucht ist niemals Menschenleib, mithin auch nicht das totgeborne Kind.“

Sache, wie wir schon gesehen haben, ist jeder Gegenstand, soweit er der menschlichen Herrschaft zugänglich ist; daß die Leiche, welche nach der Sitte beizusetzen oder zu verbrennen ist, keine Sache im juristischen Sinne ist, ist nicht zu bestreiten, daher sind auch solche Handlungen, welche solche Leichen gefährden, unter besondere Gesetzesnormen gestellt; auch das bulgarische Strafrecht hegt diese Ansicht, indem es durch den Art. 207 des Strafgesetzes das unbefugte Ausgraben und Rauben einer Leiche als Verbrechen gegen die Religion bestraft. Dies geschieht also unter der Annahme, daß durch eine solche Handlung das religiöse Gefühl der Hinterbliebenen verletzt wird. Anders liegt mithin der Fall, wenn die Leichen der gewöhnlichen Beisetzung oder Verbrennung entzogen und von den Angehörigen an staatlichen Anstalten, wie Anatomien, Museen verkauft werden; sie werden dann von dem Momente des Verkaufes Gegenstände des Verkehrs, des Handels und jetzt können sie als solche im Eigentum jemandes stehen, so z. B. Mumien, Leichen, welche in eine Anatomie zum wissenschaftlichen Zwecke gebracht worden sind; also nur an solchen, im Eigentum stehenden Leichen, ist ein Diebstahl resp. eine Unterschlagung möglich[3]).

3) So auch v. Liszt a. a. O. S. 401; Frank a. a. O. S. 315; H. Meyer a. a O. S. 534; ferner Mittelstein in Goltdammers Archiv Bd. 34, S. 180, er meint, dass solche Leichen, welche der gewöhnlichen Beisetzung oder der Verbrennung entzogen sind, nicht mehr als Leichen im technischen Sinne gelten können. Anders Merkel a. a. O. S. 633, nach dem kann eine Leiche niemals im

Daher wird derjenige, welcher aus Rache oder aus anderen Gründen eine Leiche ausgräbt und damit wegläuft, nicht wegen Diebstahls, sondern wegen eines Vergehens nach dem Art. 207 des Strafgesetzes zu bestrafen sein. Die Anwendung des Art. 207 ist nur dann geboten, wo es sich wirklich um Verletzung des religiösen Gefühls handelt; es ist für den Tatbestand dieses Artikels ganz gleichgültig, ob der Täter die ausgegrabene Leiche wegnimmt oder sie liegen läßt. Wie aus oben Gesagten ersichtlich ist, will der Art. 207 nicht die im Eigentum stehenden Leichen schützen, weil bei deren Wegnahme kein religiöses Gefühl mehr zu verletzen ist, denn bei demjenigen, welcher seinen verstorbenen Vater oder Bruder, ganz gleich aus welchem Grunde, anstatt ihn beisetzen zu lassen, verkauft, kann kein religiöses Gefühl mehr verletzt werden. Es ist möglich, daß zwischen dem Art. 207 und Art. 315 Nr. 2 (mit schwerem Diebstahl) eine Idealkonkurrenz stattfindet, falls derjenige, welcher eine Leiche ausgegraben hat und die an ihr befindlichen Schmuckgegenstände wegnimmt.

Zum Schlusse dieses Paragraphen wollen wir noch die sehr bestrittene Frage, ob an Teilen des menschlichen Körpers Diebstahl begangen werden kann, kurz erwähnen.

Daß der Mensch an seinem lebenden Körper kein Eigentumsrecht hat, wird von allen Schriftstellern anerkannt[4]); also solange die Körperteile vom Körper

---

Eigentum jemandes stehen; dieselbe Ansicht vertritt Krammer in seiner Schrift: Die Behandlung des menschlichen Leichnams, in Zivil- und Strafrecht, Zürich 1885.

4) Vgl. Dernburg, Pandekten I S. 158. Ein Eigentum des

ungetrennt sind, stehen sie in niemandes Eigentum, weil sie als solche keine Sachen sind, sie sind eigentums- und besitzlos; wird aber ein Körperteil von dem Subjekte getrennt, so wird er ein räumlich begrenzter Gegenstand, der nichts mehr mit dem Menschen gemeinsam hat[5]) und ist als solche eine eigentumsfähige Sache.

Um nun zu entscheiden, ob ein Diebstahl an den abgetrennten Körperteilen seitens desjenigen, welcher die Trennung vorgenommen hat, möglich ist, kommt es darauf an zu erfahren, wer Eigentümer solcher abgetrennter Körperteile wird: derjenige, zu dessen Körper sie bis jetzt gehört haben, oder derjenige, welcher die Trennung vornimmt.

Binding a. a. O. S. 258 findet, daß solche getrennte Körperteile ins Eigentum desjenigen fallen, zu dessen Körper sie bis jetzt gehört haben, wer sie sich daher gegen den Willen dieses Eigentümers aneignet, begeht Diebstahl[6]). Dagegen betont Frank a. a. O. S. 301, daß kein positiver Rechtssatz bestehe, auf Grund dessen sich behaupten ließe, daß solche getrennte Körperteile durch die Trennung ohne weiteres ins Eigentum desjenigen übergehen, zu dessen Körper sie gehört haben; er verneint also das Vorliegen eines Diebstahls.

Wäre also ein solcher positiver Rechtssatz er-

Menschen an seinem Körper nimmt v. Vangerow, Pandekten I S. 72 an.

5) Vgl. Dernburg a. a. O. § 67.

6) Auch v. Liszt a. a. O. S. 427 spricht das Eigentum solcher Körperteile dem bisherigen Besitzer zu; vgl. ferner Oppenhoff a. a. O. S. 568, Mittelstein in Goltdammers Archiv Bd 34, S. 176.

forderlich, so mußte man zu der Annahme kommen, daß der abgetrennte Körperteil im Momente der Trennung eine herrenlose Sache sei, an der, wie an allen herrenlosen Sachen, das Eigentum durch Okkupation erworben werden kann; das erscheint uns doch unannehmbar. Wir erachten es für richtig, daß in diesem Falle der abgetrennte Körperteil mit der Abtrennung sofort ins Eigentum desjenigen übergeht, zu dessen Körper er bis jetzt gehört hat[7]); es mangelt hier allerdings der Rechtssatz im Gesetzesrecht, wie Binding a. a. O. S. 258 sagt, er gehört aber, wie so oft, dem ungesetzten Rechte an, und hätte der Täter die Absicht, den abgetrennten Körperteil sich zuzueignen, so wäre Diebstahl anzunehmen[8]).

§ 6.

Die Sache braucht keinen Tauschwert zu haben.

Wenn wir bisher diejenigen Eigenschaften der Sache besprochen haben, welche das Gesetz ausdrücklich von dem Objekte des Diebstahls resp. der Unterschlagung verlangt, so gehen wir nunmehr über zu einer Eigenschaft, welche über jene hinaus vielfach in der Literatur gefordert worden ist.

Es ist dies die Frage, ob die fremde bewegliche Sache auch einen in Geld abschätzbaren Wert, einen Tauschwert, haben muß, um Objekt des Diebstahls resp. der Unterschlagung sein zu können?

7) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts III, S. 346.

8) Anderer Ansicht ist Eckardt, er nimmt in seiner Dissertation, Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl, S. 19, tätliche Beleidigung an, wenn der Täter gegen den Willen der Inhaberin das Abschneiden ihres Zopfes ohne eine diebische Absicht vornimmt.

Die Anhänger der sogenannten Eigentumsdeliktstheorie[1]), welche den Diebstahl und die Unterschlagung als Verbrechen betrachten, welche sich gegen das Eigentum im juristischen Sinne richten, halten es für ganz gleich, ob die Sache einen in Geld abschätzbaren Wert hat oder nicht und nehmen daher bei Entwendung von wertlosen Gegenständen Diebstahl an[2]).

Dieser Eigentumsdeliktstheorie steht gegenüber die Vermögensdeliktstheorie, welche den Diebstahl wie die Unterschlagung als Delikte betrachtet, welche sich gegen das Eigentum im ökonomischen Sinne richten, sie verneint die Möglichkeit eines Diebstahls an objektiv wertlosen Gegenständen mit der Begründung, daß dabei kein Vermögensinteresse verletzt wird. Diese Ansicht vertreten hauptsächlich v. Bar im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart Bd. 4 und John in der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 1, S. 266.

Folgendermaßen führt v. Bar a. a. O. S. 16 seine Ansicht aus:

> „Die wirkliche Absicht und Aussicht des Diebes kann nur die sein, daß er infolge der Wegnahme faktisch die Rolle des Eigentümers spielen werde, d. h. daß sein Vermögen durch die faktische Aufnahme der Sache in dem Kreise seines Dispositionsgebietes vermehrt, vergrößert werden werde. Der Dieb will sich

1) Vgl. darüber Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände, in Benneckes strafrechtlichen Abhandlungen 1893. Serie I, Heft I, S. 58 ff.

2) So Binding a. a. O. S. 279; Olshausen a. a. O. S. 873; v. Liszt a. a. O. S. 427.

die Sache juristisch nicht aneignen; er kann ja das gar nicht, seine Absicht geht auf Aneignung im ökonomischen Sinne und diese ist durch die Wertlosigkeit der Sache ausgeschlossen, so kann an ganz wertlosen Sachen kein Diebstahl begangen werden, selbst dann nicht, wenn der Eigentümer die Aneignung positiv nicht will."

Diese Ansicht von v. Bar ist insofern nicht brauchbar, als es sich nicht so genau feststellen läßt, was hat Wert und was nicht.

Der Wert einer Sache bestimmt sich erst durch die Beziehung, in welcher die Sache zu der betreffenden Person eintritt. Eine Sache, welche gar keinen Wert gehabt hat, kann unter Umständen und unter anderen Menschen einen sehr großen Wert erlangen[3].

Ferner wäre zu fragen: was für einen strafrechtlichen Schutz sollen diejenigen Sachen genießen, welche nur einen Affektionswert besitzen?

Ähnlicherweise begründet auch John seine Ansicht, er sagt a. a. O. S. 266:

3) Richtig bemerkt Gebauer a. a. O. S. 10, daß die im Eigentum einer Person stehenden Sachen für das Strafrecht in drei Kategorien zu teilen sind, nämlich: zu der ersten gehören alle, welche der Eigentümer im Verkehre gegen Geld vertauschen kann; zu der zweiten Kategorie sind diejenigen zu rechnen, welche die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers zu befriedigen, nicht aber gegen Geld vertauscht zu werden geeignet sind, unter der Voraussetzung, dass durch die fragliche Sache eine wesentliche Wohlfahrtsbedingung des Subjektes erfüllt wird; und zu der letzten Kategorie gehören alle diejenigen, welche weder die Verkaufslust noch irgend anderweitige Neigung des Eigentümers zu befriedigen imstande sind oder deren Bedeutung für ihn eine wesentliche Wohlfahrtsbedingung in keiner Weise zu nennen ist.

„Diebstahl ist an erster Stelle vorsätzliche Verletzung fremden Vermögens. Die vorsätzliche Verletzung fremden Vermögens kann aber zur rechtlichen Bedeutsamkeit nur dann gelangen, wenn der Richter auf die Frage, wie hoch sich der Schaden belaufe, irgend eine Antwort zu geben vermag. Hieraus folgt, auch ohne daß es hierzu einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedarf, daß „Diebstahl" an einer Sache, die keinen Schätzungswert hat, ein Widerspruch in sich selbst sein würde."

Eine mittlere Stellung, indem er näher zu der Vermögensdeliktstheorie steht, nimmt Hälschner ein. Er meint zwar auch, daß die Sache, um Diebstahlsobjekt sein zu können, einen Vermögenswert haben muß, findet ihn aber schon darin gegeben, daß die Sache Eigentumsobjekt sei[4]). In seinem Handbuche Bd. 2, S. 282 sagt er:

„Fordert man, daß die Sache einen Vermögenswert haben müsse, so ist dies zwar an sich richtig, bedarf aber besonderer Erwägung darum nicht, weil die Sache einen solchen Wert, abgesehen von jedem Tauschwerte, schon darum hat, weil sie Eigentumsobjekt ist, der Eigentümer sie als die seine haben will."

Auch Nikoff a. a. O. S. 386 vertritt die Ansicht, daß die Sache einen Tauschwert haben muß, um Diebstahlsobjekt sein zu können. Er wird zu dieser Annahme durch den Art. 314 des bulgarischen Strafgesetzes verleitet, wo es heißt, daß im Falle, wenn

4) So auch Dickel a. a. O. S. 27ff.

der Wert der gestohlenen Sache nicht über dreihundert Franken ist, Gefängnis bis zu sechs Monaten eintritt. Abgesehen davon, daß er sich (an anderer Stelle a. a. O. S. 367 sagt er nämlich, daß die Sache keinen in Geld abschätzbaren Wert haben muß, um Diebstahlsobjekt zu sein) widerspricht, erscheint es uns, daß das Gesetz durch den Art. 314 nur eine Grundlage für die Abmessung der Strafe hat geben wollen.

Von allen diesen drei Ansichten erachten wir diejenige, welche den Diebstahl und die Unterschlagung als Verbrechen betrachtet, die sich gegen das Eigentum richten und daher das Erfordernis, die gestohlene Sache solle einen in Geld abschätzbaren Wert haben, wegfallen läßt, als die richtige; wir schließen uns derselben an, weil aus der richtigen Auslegung des Gesetzes das Gegenteil nicht ersichtlich ist.

Wenn dabei bei der Entwendung ganz wertloser Gegenstände die Bestrafung wegen Diebstahls in den meisten Fällen ausbleiben wird, so geschieht dies nicht, weil die Sache wertlos war, sondern weil in allen diesen Fälle die erforderliche rechtswidrige Absicht des Täters fehlen wird, und er zu der Annahme berechtigt sein wird, daß der Eigentümer ihm seine Einwilligung gegeben haben würde; wird aber nach den Umständen anzunehmen sein, daß der Eigentümer seine Einwilligung nicht gegeben hatte, so wird die Annahme eines Diebstahls geboten sein; dies wird stets der Fall sein bei der Wegnahme einer Sache, welche für den Eigentümer einen Affektionswert hat. War dem Täter aber unbekannt, daß die Sache für den Eigentümer einen Affektionswert hat, so wird die Annahme eines Diebstahls ausgeschlossen sein, weil

dadurch, daß er die Sache für wertlos gehalten hat und damit geglaubt hat, der Eigentümer würde ihm seine Zustimmung zur Wegnahme gegeben haben, wird bei ihm die erforderliche rechtswidrige Absicht fehlen.

Nachdem wir im vorhergehenden die Merkmale des Objektes von Diebstahl und Unterschlagung erläutert haben, müssen wir nunmehr noch bemerken, daß es eine ganze Reihe von Sachen gibt, welche durch positive gesetzliche Bestimmungen unter Umständen ausgeschlossen sind, Diebstahlsobjekte zu sein, indem sie zu Objekte eines anderen Deliktes gemacht worden sind.

Vor allem wollen wir nur den Fall des Art. 519 erwähnen; es heißt nämlich dort, daß mit Geldstrafe bis zu zehn Franken zu bestrafen sei:

1. wer unbefugt Obst, Erdbeeren, Pilze und andere ähnliche Früchte in fremden Gärten oder verbotenen Örtlichkeiten sammelt:
2. wer einen fremden Baum beschädigt oder im fremden Garten Blumen pflückt;
3. wer vom fremden Boden unbefugt Sand, Erde, Lehm, Steine oder anderes ähnliches Material wegnimmt oder abgräbt.

Es ist ersichtlich, daß alle drei Nummern den Tatbestand des Diebstahls enthalten, gleichwohl finden wir dieses Delikt als Übertretung unter dem Titel „Störung fremden Besitzes“ gestellt.

Ferner durch Art. 240—243 des bulgarischen Militärstrafgesetzes sind diejenigen beweglichen Sachen, welche zur Beute gehören, zum Objekte der erlaubten oder unerlaubten Beutemachung, nicht aber des Diebstahls gemacht.

II.

Besitz oder Gewahrsam.

§ 7.

Im Allgemeinen.

Den beiden Delikten ist, wie wir schon sahen, gemeinsam, daß die beiden die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache zum Gegenstand haben; der Umstand aber, in wessen Besitze sich diese Sache vor der Begehung des Deliktes befunden hat, unterscheidet sie voneinander. In der Legaldefinition des Diebstahls heißt es, daß die Sache sich „im Besitze eines anderen“ befunden haben muß, bei der Unterschlagung dagegen muß sie „im Besitze oder Gewahrsam“ des Täters sein.

Was muß hier unter den Ausdrücken Besitz oder Gewahrsam verstanden werden?

Sind hier die Normen des Zivilrechtes maßgebend oder hat das Strafrecht seine eigenen Normen, nach denen der Begriff des Gewahrsams oder des Besitzes zu bestimmen sei? Das sind Fragen, über welche wir uns hier äußern müssen.

Von den meisten Rechtsgelehrten wird anerkannt, daß auf diesem Begriff die Normen des Strafrechtes anzuwenden sind. Die Bestimmungen des Zivilrechtes sind in erster Linie da, um die privatrechtlichen Verhältnisse zu regeln, nicht aber um bei der Definition der strafrechtlichen Begriffe Anwendung zu finden; das Strafrecht ist als ein Teil des öffentlichen Rechtes ganz unabhängig von den zivilrechtlichen Bestimmungen. Nur dann, wenn das Strafrecht ausdrücklich oder

stillschweigend Bezug auf sie nimmt, sind sie maßgebend (v. Bülow in Goltdammers Archiv Bd. 45, S. 321). Hinsichtlich der Frage, welche Normen sind bei der Bestimmung des Begriffes des Gewahrsams anzuwenden, äußert sich Merkel a. a. O. S. 638 so: „In dem Strafgesetze liegt keine (direkte oder indirekte) Hinweisung auf das Zivilrecht und die Natur der Sache weist uns offenbar darauf hin, strafrechtliche, nicht zivilrechtliche Gesichtspunkte für die Abgrenzung des Diebstahls zu gewinnen." Was nun die bei der Definition der Unterschlagung gebrauchten Ausdrücke: Besitz oder Gewahrsam anbetrifft, so ist nun vorübergehend zu bemerken, daß alle beide ein und dasselbe bedeuten und sind nur zur Erläuterung gehäuft, durch sie soll die tatsächliche Innehabung stärker bezeichnet werden. Indem wir uns der richtigen Ansicht, wonach hier beim Begriff des Besitzes die strafrechtlichen Normen maßgebend, sind anschließen, wollen wir im folgenden Paragraphen sehen, was darunter zu verstehen ist.

§ 8.

Begriff des strafrechtlichen Besitzes.

Über den Begriff des strafrechtlichen Besitzes oder, wie er hier genannt wird, des Gewahrsams sind zwei Ansichten vorhanden.

Nach der einen Ansicht wird der Gewahrsam als ein räumlich begrenztes Verhältnis der Person zur Sache bezeichnet, d. h. als ein rein tatsächliches Haben, wobei kein Willensverhältnis gefordert wird.

Dieser Ansicht ist:

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., S. 555:

„Unter Gewahrsam versteht man die Verfügungsgewalt in einem sehr dehnbaren Sinne. Es ist eine so rein tatsächliche Herrschaft gemeint, daß nicht einmal Wissen um den Ort, ja selbst um die Existenz der Sachen gefordert wird. Sie braucht endlich auch nicht eine ausschließliche zu sein."

Ebenso Schütze in seinem Lehrbuche S. 427:

„Der Gewahrsam ist die tatsächlich vorhandene ausschließliche Herrschaft des Individuums über einen dauernder Beherrschung zugänglichen Vermögensgegenstand ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Inhabers."

Ferner gehört hierher Oppenhoff a. a. O. S. 569:

„Insbesondere ist die bei jener Innehabung obwaltende Willensrichtung nicht entscheidend, mehr kommt es lediglich auf das tatsächliche (äußere) exklusive Verhältnis zur Sache, auf das physische Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich derselben an."

Die andere Ansicht unterscheidet sich von der obigen dadurch, daß sie noch einen Willen zum Begriffe des Gewahrsams verlangt, daß die Person die eigene Herrschaft über die Sache unter Ausschluß anderer geltend machen will.

Diese früher von Hälschner (System des preussischen Strafrechtes Teil II, S. 429ff.) beleuchtete Ansicht[1]) kann auch jetzt noch als diejenige bezeichnet

1) Vgl. derselbe, in dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd II, S. 284: „Der Gewahrsam wird nun erworben durch eine Handlung, vermöge deren die Person zur Sache in das Verhältnis

werden, welche von den meisten Schriftstellern vertreten wird. Dieser Ansicht z. B. sind: Frank a. a. O. S. 316:

> „Der Gewahrsam bestimmt sich als das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, vermöge dessen die Sache der Person derartig zugänglich ist, daß diese ihren Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen vermag."

Ferner v. Liszt a. a. O. S. 428:

> „Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft über die Sache; also die Möglichkeit, mit Ausschluß anderer auf sie einzuwirken, die Verfügungsgewalt, verbunden mit dem erkennbaren Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluß anderer geltend zu machen."

Ebenso H. Meyer, Lehrbuch S. 551:

> „Gewahrsam ist dasjenige Verhältnis einer Person zu einer Sache, wonach dieselbe willens und imstande ist, über dieselbe mit Ausschluß anderer zu verfügen."

Rotering im Gerichtssaal Bd. 35, S. 355:

> „Gewahrsam ist die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache, welche, wenn auch ohne dessen Wissen, in den Kreis der Willensherrschaft des Menschen fällt[2])."

---

tritt, sie beherrschen zu können und ihren Willen kund gibt, sie beherrschen zu wollen."

2) Vgl. ferner Binding, Lehrbuch S. 243 u. Normen, Bd. 2, S. 547; er spricht zwar vom Sachbesitz, läßt aber erkennen, daß er damit das versteht, was allgemein Gewahrsam genannt wird, so

Wie dieses Verhältnis auszuüben ist, wird durch die Beschaffenheit und wirtschaftliche Natur der Sache bestimmt; der Pflug z. B., den ich auf meinem Acker habe liegen lassen, steht genau so in meinem Gewahrsam, wie das Portemonnaie in meiner Tasche. Dieses Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache muß auf längere Zeit erhalten werden können, die momentane Erreichbarkeit einer Sache kann nicht zur Begründung des Gewahrsams genügen. Sein Inhalt ist „das Haben und Behalten können", der Besitzwille muß sich Dritten gegenüber dauernd durchsetzen können (Rotering im Gerichtssaal Bd. 38, S. 292).

Außerdem ist noch zu bemerken, daß es nicht immer zur Begründung des Gewahrsams notwendig ist „das Anfassen der Sache", vielmehr ist erforderlich, daß die Sache in die Herrschaft der Person gebracht wird; somit erscheint uns die letztere Ansicht, wonach der Gewahrsam nur dann als vorhanden anzusehen ist, wenn die Sache sich unter der Herrschaft der Person befindet und die letztere den Willen hat sie zu beherrschen, als die richtigere. Ob dieser Wille ausdrücklich erklärt wird oder aus den Umständen zu erkennen sei, ist ganz gleichgültig; er äußert sich gewöhnlich in der tatsächlichen Beherrschung der Sache. Um einen solchen Willen ausüben zu können

sagt er S. 243: „Dieser Sachbesitz wird erworben durch einen Willensakt, der zugleich den Herrschaftswillen über die Sache zum Ausdrucke bringt und gleichzeitig die Betätigung eines anderen Herrschaftswillen über dieselbe unmöglich macht." Zu dieser zweiten Ansicht gehören ferner: Merkel a. a. O. S. 639; Kapf, Die Unterschlagung S. 60; Olshausen a. a. O. S. 874; Dickel a. a. O. S. 29; Rudolf Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4. Aufl., S. 517.

ist nicht erforderlich, daß man geschäftsfähig ist; auch das Kind, der Geisteskranke können einen solchen Willen besitzen und daher Sachen im Gewahrsam haben[3]).

Da zum Begriffe des Gewahrsams ein Willen gehört, so können nur physische Personen den Gewahrsam über eine Sache ausüben, daher stehen die im Eigentum einer juristischen Person befindlichen Sachen im Gewahrsam ihrer Vertreter; so sind die dem Staate gehörenden Sachen im Gewahrsam des betreffenden Beamten, und deshalb macht sich ein Beamter, welcher Sachen, die er zur Besorgung seines Amtes hat, einer Unterschlagung, nie eines Diebstahls schuldig, wenn er dieselbe sich zueignet.

Um den Gewahrsam über eine Sache ausüben zu können, muß der Berechtigte nach den obenentwickelten Grundsätzen ein gewisses Bewußtsein von seiner Verfügungsgewalt haben; Sachen, von denen man gar nicht weiß, daß sie überhaupt existieren, kann man auch nicht in Gewahrsam haben, denn es fehlt ihm an dem erforderlichen Willen sie zu beherrschen. Eine Ausnahme liegt bei dem Fall, wenn die Sache in einem umgeschlossenen Raume sich befindet, wo

3) So v. Liszt a. a. O. S. 429, er spricht dem Kinde, dem Geisteskranken den Gewahrsam zu, bestreitet ihnen aber das Recht ihn zu übertragen. H. Meyer a. a. O. S. 452 verlangt, daß die zurechnungsfähige Person, um den Gewahrsam ausüben zu können, imstande sein soll, einen Willen überhaupt entfalten zu können. Hälschner dagegen nimmt a. a. O. S. 289 an, daß die Sachen, welche Kinder, Blödsinnige bei sich tragen oder über welche sie sonst in der Lage sind zu verfügen, nicht in ihrem Gewahrsam sich befinden und daher können auch von ihnen nicht in den Gewahrsam eines anderen übertragen werden. So auch Merkel a. a. O. S. 644.

der Berechtigte den Willen hat dort allein die Herrschaft auszuüben. In diesem Falle steht die Sache im Gewahrsam des Inhabers des Raumes, trotzdem er gar nicht weiß, daß die Sache sich dort befindet, weil er den Willen hat über alles, was dort ist, zu herrschen; so z. B. stehen alle in meiner Wohnung befindlichen Sachen in meinem Gewahrsam, denn ich habe den Willen in meiner Wohnung allein die Herrschaft zu haben[4]); hier wird der Gewahrsam zwar ohne Wissen aber mit Willen erworben (Binding a. a. O. S. 287).

Die Art und Weise, wie der vom Delikte Betroffenen den Gewahrsam erlangt hat, ob das rechtsmäßig oder rechtswidrig geschehen ist, ist für seinen Begriff ganz gleichgültig; derjenige, welcher einem Diebe die gestohlene Sache wegnimmt, begeht ebenfalls einen Diebstahl.

§ 9.

Der Mitgewahrsam.

Der einmal begründete Gewahrsam kann in sehr vielen Fällen auch Mitgewahrsam sein, d. h. die bewegliche Sache steht in der Herrschaft mehrerer Personen. Dieser Mitgewahrsam wird entweder von verschiedenen gleichberechtigten Personen ausgeübt, so z. B. üben die Prinzipale einer offenen Handelsgesellschaft den Gewahrsam über die im Laden befindlichen Waren ganz unabhängig voneinander aus;

4) Richtig bemerkt Oppenhoff a. a. O. S. 570: Der Inhaber einer geschlossenen Räumlichkeit hat gleichzeitig den Gewahrsam aller dort befindlichen Sachen, sogar der verlegten, insoweit sie daselbst nicht tatsächlich der Willensbestimmung eines anderen unterworfen sind.

oder er ist so gestaltet, daß die eine Person bei der Ausübung ihres Gewahrsams den Willen des anderen berücksichtigen muß, d. h. der Gewahrsam der einen ist abhängig von dem Willen der anderen, so z. B. haben die Kommis in einem Warenlager an den dort befindlichen Waren Mitgewahrsam, die Köchin hat an dem Kochgeschirr, der Arbeiter an dem ihm zur Ausführung der Arbeit gegebenen Gegenstand Mitgewahrsam.

Eignet sich einer von den gleichberechtigten Mitgewahrsamsinhabern die Sache so an, daß der andere nicht mehr über dieselbe zu verfügen vermag, so macht er sich eines Diebstahls schuldig, denn dadurch verletzt er den Besitz des anderen.

Nicht so einfach ist dagegen zu entscheiden, ob Diebstahl oder eine Unterschlagung vorliegt, wenn bei den verschiedenen berechtigten Gewahrsamsinhabern, der untergeordnete Gewahrsamsinhaber sich die Sache zueignet.

Da der Gewahrsam eine tatsächliche Herrschaft über eine Sache und einen Herrschaftswillen voraussetzt, so muß in jedem konkreten Falle geprüft werden, ob der untergeordnete Gewahrsamsinhaber nicht durch die Zueignung der Sache die Herrschaft des anderen und zwar des Besserberechtigten verletzt hat; trifft das zu, so liegt ein Diebstahl, nicht aber eine Unterschlagung vor, da der Begriff der Unterschlagung einen ausschließlichen Gewahrsam des Täters voraussetzt. So z. B. begeht die Köchin, wenn sie sich das von der Herrschaft ihr überlassene Kochgeschirr aneignet, einen Diebstahl, weil hier der Gewahrsam der Herrschaft fortdauert, trotzdem dieselbe ihn nicht jeden Augenblick betätigt.

Es kann aber bei einem solchen Abhängigkeitsverhältnis der Fall sein, wo der Geschäftsherr, bei der Übergabe der Sache zum Gebrauche von der Absicht geleitet war, sich des Gewahrsams zu entäußern und ihn dem Untergeordneten zu übertragen, so z. B. wenn die Herrschaft Sachen dem Dienstmädchen zum Verschlusse in ihren Koffer übergeben hat; hier hat das Dienstmädchen den Gewahrsam über die Sachen allein und kann an ihnen nur eine Unterschlagung begehen[1]), oder wenn jemand einem anderen seine Sachen übergeben hat mit dem Auftrage, sie aus seinem Herrschaftsbereiche zu entfernen und mit dem Willen, ihn während der Innehabung nicht, oder nur um Mißbrauch zu verhüten, zu kontrollieren, so wird der Empfänger Alleinbesitzer und kann die Sachen nur unterschlagen, nicht stehlen (vgl. Binding, Lehrbuch I, S. 290).

Eine Sache kann sich überhaupt im Gewahrsam einer Person nicht befinden, bevor nicht die Herrschaft, welche bis dahin über die Sache bestand, erloschen ist, deshalb können Personen, welche sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden, durch welches sie Sachen bekommen, um im Sinne des Dienstherrn zu verfügen, nicht den ausschließlichen Gewahrsam haben und sie begehen daher durch ihre Zueignung immer Diebstahl. Auch H. Meyer a. a. O. S. 552 nimmt Diebstahl an, wenn ein Dienstbote Sachen der Herrschaft, ein Gehilfe Sachen des Prinzipals aus dem zugleich vorhandenen Gewahrsam der Herrschaft entwendet[2]), ebenso Hälschner a. a. O. S. 287 findet,

1) Vgl. Schwarze a. a. O. S. 579.

2) Vgl. Olshausen a. a. O. S. 876; Merkel a. a. O. S. 641;

daß Dienstboten nicht dadurch den Gewahrsam an den Sachen des Dienstherrn erlangen können, weil sie leichter als andere über sie zu verfügen vermögen, und nimmt daher Diebstahl an, wenn solche Personen Sachen der Herrschaft entwenden; dagegen empfiehlt er bei jedem Fall, wo die Sache dem Täter zur Bearbeitung, zum Gebrauche übergeben war, zu prüfen, ob dem Täter der Gewahrsam übertragen war, oder ob er nur als Stellvertreter den Gewahrsam ausübte.

Dieses Mitgewahrsamsverhältnis spielt eine größere Rolle bei der Frage, was für ein Delikt begeht der Mieter eines möblierten Zimmers, wenn er sich Sachen aus dem vermieteten Zimmer aneignet?

Um Diebstahl oder Unterschlagung annehmen zu dürfen, müssen wir vorher untersuchen, ob der Mieter allein den Gewahrsam an den vermieteten Sachen hatte oder den Gewahrsam mit dem Vermieter zusammen ausübte? Hat der Vermieter Zutritt zu den vermieteten Sachen, wie dies z. B. gewöhnlich bei der Vermietung von Studentenwohnungen der Fall ist, so stehen sie in seinem Mitgewahrsam und der Mieter macht sich durch die Aneignung solcher Sachen eines Diebstahls schuldig[3]). Hat der Vermieter die Sachen dem Mieter gänzlich zum Gebrauch überlassen, so geht somit auch der Gewahrsam auf den Mieter über und dieser begeht nur eine Unterschlagung, wenn er dieselben sich rechtswidrig aneignet.

Frank a. a. O. S. 302 nennt diesen untergeordneten Mitgewahrsamsinhaber Besitzdiener und meint, daß er den Gewahrsam der übergeordneten Person brechen und somit trotz dem eigenen Gewahrsam einen Diebstahl begehen kann.

3) Vgl. darüber Olshausen a a. O. S. 877; Frank a. a. O. S. 302; v. Liszt a. a. O. S. 430.

§ 10.

Verlust des Gewahrsams.

Zum Erwerbe des Gewahrsams gehört, wie wir sahen, zweierlei: ein Wille und eine Sache; es muß also eine Sache vorhanden sein, über welche sich der Wille betätigen kann; daher ist über den Fall, wo jemand die tatsächliche Herrschaft über eine Sache hat, den Herrschaftswillen aber aufgegeben hat, dasselbe zu sagen, wie bei dem Fall, wenn jemand den Herrschaftswillen hat, die tatsächliche Herrschaft aber noch nicht erlangt hat, nämlich, daß in beiden Fällen der Gewahrsam als nicht vorhanden anzusehen ist. Das wird uns klar aus den folgenden Beispielen:

R. geht auf der Straße und sieht auf einiger Entfernung ein Portemonnaie liegen. Er will es haben und geht deshalb schneller, um es aufzuheben; er hat also in dem Momente den Willen es zu beherrschen, solange er es aber nicht genommen hat, die tatsächliche Herrschaft noch nicht erlangt hat, kann er es nicht in seinem Gewahrsam haben und deshalb wird keiner behaupten können, daß derjenige, welcher durch eine Querstraße kommt und das Portemonnaie an sich nimmt, bevor es R. erreicht hat, dasselbe aus dem Gewahrsam des R. weggenommen und dadurch einen Diebstahl begangen hat, oder umgekehrt: Jemand findet eine Sache, nimmt er sie in die Hand, tritt also zu ihr in einem räumlichen Verhältnis, ist imstande sie zu beherrschen, hat die tatsächliche Herrschaft über sie, da aber ihm die Sache nicht wert erscheint, legt er sie wieder an ihren Ort; den Gewahrsam also über die Sache hat er, weil ihm der Herrschaftswille fehlte, nicht erworben; es ist aller-

dings wahr, daß im Augenblicke des Aufhebens der Herrschaftswille vorübergehend bestand, zur Begründung des Gewahrsams aber über eine Sache genügt ein solcher vorübergehender Wille nicht; er muß, wie schon hervorgehoben, darauf gerichtet sein, die Sache längere Zeit zu haben und sich Dritten gegenüber dauernd durchsetzen zu können. Aus diesen Beispielen ersehen wir, daß zum Erwerbe des Gewahrsams über eine Sache das gleichzeitige Zusammentreffen der tatsächlichen Herrschaft und der Herrschaftswillen unbedingt notwendig ist.

Verloren geht nun der einmal erworbene Gewahrsam dann, wenn das eine von den beiden zu seinem Begriffe gehörenden Erfordernissen untergegangen ist oder wenn durch Eintreten gewisser Umstände dem Gewahrsamsinhaber unmöglich geworden ist seinen Willen zu betätigen. Es ist sehr wichtig festzustellen, wann der Gewahrsam verloren gegangen ist weil nach dem Gesetze an Sachen, welche in niemandes Gewahrsam stehen, weder Diebstahl noch Unterschlagung möglich ist. Nicht aber schon dadurch, daß der Inhaber von dem Orte, wo die Sache sich befindet, auf längere oder kürzere Zeit sich entfernt, geht der Gewahrsam verloren, denn der kann durch die Rückkehr oder auch aus der Ferne seine Verfügungsgewalt ausüben, so z. B. bleiben die Möbel in meiner Wohnung auch dann in meinem Gewahrsam, wenn ich auf längere Zeit verreist bin, denn durch den Verschluß behalte ich mir die alleinige Herrschaft; ebenso, was dem täglichen Leben entspricht, in Gewahrsam des Eigentümers bleiben diejenigen Haustiere, welche die Gewohnheit besitzen, an dem Orte wiederzukehren, wo sie sich gewöhnlich

aufhalten, wenn sie sich auf kürzere Zeit entfernen, so z. B. Hunde, Tauben u. s. w.

Ferner wird der Gewahrsam dadurch nicht verloren, daß außer dem Inhaber noch andere Personen Zutritt zu den Sachen haben und sich in der Lage befinden physisch über dieselben einwirken zu können, z. B. bei dem oben erwähnten Abhängigkeitsverhältnis der verschiedenen berechtigten Gewahrsamsinhaber.

Als verloren ist der Gewahrsam bei den verlorenen Sachen anzusehen, weil hier das eine zu seinem Begriff gehörende Merkmal, nämlich die tatsächliche Herrschaft über die Sache weggefallen ist.

a) Verloren ist aber eine Sache erst dann, wenn der letzte Inhaber nicht mehr weiß, wo sie sich befindet und die Möglichkeit über sie zu verfügen ihm entzogen ist[1]).

Wenn nun an verlorenen Sachen als solchen, welche in niemandes Gewahrsam stehen, kein Diebstahl möglich ist, so erscheint an ihnen von dem Momente an, wo der Finder sie gefunden hat und die Absicht, sie für sich zu behalten, kund gibt, begrifflich eine Unterschlagung möglich. Der Gesetzgeber hat aber, um sich mit dem Volksbewußtsein gewissermaßen ins Einvernehmen zu setzen, das Behalten gefundener Sachen als ein besonderes Vergehen unter dem Kapitel „Rechtswidriges Behalten“ gestellt, wonach gemäß Art. 334 bis zu drei Monaten Gefängnis oder bis zu

1) Verloren ist eine Sache, wie Hälschner, System S. 432 sagt, erst dann, wenn der bisherige Inhaber seine Herrschaft über die Sache nicht mehr üben kann, weil er den Ort der Sache nicht kennt oder weil ihm dieser Ort in bleibender Weise unzugänglich ist.

fünfhundert Franken Geldstrafe eintritt, wenn jemand eine gefundene Sache für sich behält.

Nicht den verlorenen Sachen gleichzustellen sind die vergessenen, verlegten oder versteckten Sachen, weil bei diesen der Gewahrsam solange bei ihrem Inhaber fortdauert, bis er vergißt, wo sie sich befinden resp. ein Hindernis eingetreten ist, welches ihn hindert die versteckten Sachen wieder zu erlangen.

b) Vergessen[2]) ist eine Sache, wenn der bisherige Inhaber weiß, wo sie sich befindet, aber die Sache selbst für kurze Zeit oder dauernd aus seinem Gedächtnis verschwunden ist.

Der Gewahrsam aber an einer solchen vergessenen Sache befindet sich solange beim Eigentümer, als er die Sache stets wieder zu erlangen vermag, wenn er nur daran denkt und wenn ihm beim Denken an die Sache auch der Ort einfallen würde, wo die Sache sich befindet.

Solange also die Sache nur vergessen, nicht verloren ist, wird ein anderer, der die Sache an sich nimmt, stets Diebstahl, nicht Unterschlagung begehen, es wäre denn, dass der andere Inhaber des Raumes ist, wo die Sache vergessen wurde, in welchem Falle diesem nur ein rechtswidriges Behalten (nach deutschem Rechte Unterschlagung) zur Last fiele, da dann die vergessene Sache ohne wei-

2) Vgl. Olshausen a. a. O. S. 875.

teres in seinem Gewahrsam übergegangen wäre (Hälschner a. a. O. S. 355). Ein Dritter würde aber auch in dem letzteren Falle einen Diebstahl an der Sache begehen.

c) Eine Sache ist versteckt, wenn der Inhaber auf irgend eine Weise sie verborgen hat, damit sie ihm nicht weggenommen wird. Er hat also den Willen sie zu behalten und daher macht sich derjenige, welcher eine solche Sache mit dem Bewußtsein, daß sie versteckt war, wegnimmt, eines Diebstahls schuldig, nie aber einer Unterschlagung.

d) Eine Sache ist verlegt[3]), wenn der Inhaber weiß, daß sie sich in einem ihm gehörigen Raume befindet, die bestimmte Stelle aber, wo er sie hingetan hat, vergessen hat. Solche verlegte Sachen bleiben im Gewahrsam des Inhabers, weil er den Willen hat über alles, was sich in seinen Räumen befindet, zu verfügen; deshalb begeht derjenige, welcher eine solche Sache, gleichgültig, ob er in Kenntnis dieses Umstandes oder nicht, wegnimmt, einen Diebstahl.

Hier wollen wir noch auf die sehr bestrittene Frage, ob an beweglichen Sachen einer noch nicht eingetretenen Erbschaft Diebstahl möglich ist kurz eingehen?

Wir werden dieselbe richtig entscheiden können, wenn wir vorher festgestellt haben, ob solche Erbschaftssachen zur Zeit der Tat in jemandes Gewahrsam waren oder nicht.

---

3) Vgl. Berner a. a. O. S. 555.

Ob dies der Fall ist oder nicht, wird auch hier nicht nach den zivilrechtlichen Normen, sondern nach den strafrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden sein.

Stirbt der Erblasser, so kann er die ihm gehörenden Sachen nicht mehr in Gewahrsam haben, weil er als Toter keinen Willen hat; der gesetzliche Erbe aber, welcher von dem Tode gar nichts weiß, kann sie auch nicht in seinem Gewahrsam haben, weil ihm die Sachen, wie der Wille, die erforderlichen Merkmale zum strafrechtlichem Begriffe des Gewahrsams fehlen; deshalb würde nach dem Tode des Erblassers eine Zeit eingetreten sein, während derer die Erbschaftssachen, als solchen, in niemandes Gewahrsam stehend zu betrachten sind; an ihnen würde daher kein Diebstahl möglich sein, wenn sich im einzelnen Falle nicht eine Person findet, welche die hinterlassenen Sachen in Gewahrsam nimmt, z. B. das Gericht, die Diener des Erblassers, und es ist dabei ganz gleich, daß der Gewahrsamsinhaber und der Eigentümer zwei verschiedene Personen sind.

Dies wird immer der Fall sein, wenn der Erblasser in seiner Wohnung, an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsorte stirbt, denn dort werden seine Sachen, falls der Erbe nicht zugegen ist, immer von seinen Umgebenden in Gewahrsam genommen werden; diese letzteren können daher nun eine Unterschlagung, nie aber einen Diebstahl begehen, wenn sie sich zueignen.

Verunglückt aber der Erblasser irgendwo unterwegs, entfernt von seinem gewöhnlichen Aufenthalte, so wird er samt seiner Sachen tot aufgefunden.

„Wer fern von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsorte und fern von seinen gewöhnlichen Beziehungen zu anderen Menschen stirbt, wird wirklich tot „gefunden“ und mit ihm die Sachen, die er bei sich trägt“, bemerkt richtig Többen in seiner Dissertation: Diebstahl an Erbschaften S. 20.

III.

Handlung.

§ 11.

Im Allgemeinen.

Die Handlung ist eigentlich dasjenige Tatbestandsmerkmal, welches den Diebstahl und die Unterschlagung zu zwei verschiedenen Verbrechen macht. „Der Dieb nimmt, der Unterschlagende behält, das ist der einzige Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung“, sagt Huber a. a. O. S. 52. Bei diesen Begehungsdelikten muß die Veränderung in der Außenwelt, der Erfolg durch die Betätigung des Willens des Täters herbeigeführt werden; ist dies nicht der Fall, so ist eine strafbare Tat nicht vorhanden. Einen Erfolg also durch eine Unterlassung hier herbeizuführen ist nur dann möglich, wenn die Unterlassung kausal war, damit kann unseres Erachtens ein Diebstahl als Kommissivdelikt nur dann durch eine Unterlassung begangen werden, wenn eine ausdrückliche Gesetzespflicht

zum Handeln bestand oder wenn eine Verpflichtung zum Handeln übernommen war, denn nur dann kann man von der Kausalität der Unterlassung sprechen; in dem Falle also, wenn der Vater geschehen läßt, daß sein Kind eine fremde Sache wegnimmt, kann ein Diebstahl seitens des Vaters deshalb nicht angenommen werden, vorausgesetzt natürlich, daß er das Kind nicht als Werkzeug benützt hat, um die von dem Kinde weggenommene Sache sich zuzueignen, denn hier hat er nur das unterlassen, wozu er durch die Vorschriften der Moral verpflichtet war, nämlich zu sorgen, daß seine Kinder keinen Diebstahl begehen, eine gesetzliche Pflicht dafür besteht aber nicht; er ist daher, wenn er diese moralische Pflicht absichtlich zu erfüllen unterläßt, moralisch ein unwürdiger Mensch und ist zivilrechtlich zum Schadenersatz oder zur Zurückgabe der Sache verpflichtet, strafrechtlich wird er aber wegen dieser Unterlassung nicht verfolgt.

Ebenso ist auch bei der Unterschlagung eine Zueignung durch Unterlassung nur unter der Voraussetzung einer Rechtspflicht zum entsprechenden Handeln möglich. Beim Diebstahl besteht die zum Tatbestand gehörige Handlung in der Wegnahme der Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht rechtswidriger Zueignung, bei der Unterschlagung dagegen fällt die widerrechtliche Entziehung der Sache aus dem fremden Gewahrsam weg und wird statt dessen gefordert, daß der Täter die auf anderer Weise in seinem Gewahrsam gekommene Sache „sich rechtswidrig zueignet“; somit haben die beiden Delikte zu ihrer Handlung „die rechtswidrige Zueignung“ gemeinsam.

§ 12.

Zueignung und Wegnahme.

Zueignung heißt im Sinne des Gesetzes eine Sache so in seinen Besitz setzen, daß die Ausübung aller Rechte, wie diejenigen eines Eigentümers, möglich ist oder wie Binding a. a. O. S. 268 sagt, Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses zum Zwecke einer der Eigentumsausübung analoge Behandlung der Sache[1]). In diesem Sinne hat sich auch der bulgarische Kassationshof in seiner Entscheidung von 1886 Nr. 191 über den Begriff der Zueignung erklärt: es heißt dort: „Unter Zueignung einer fremden Sache wird verstanden das Behalten einer fremden Sache unter dem falschen Vorwand, daß die fragliche Sache nicht empfangen worden sei, oder daß sie zurückgegeben sei, oder daß sie nach der Anweisung des Eigentümers verbraucht sei, oder daß sie verloren gegangen sei."

Dieser Begriff der Zueignung ist bei den beiden Verbrechen ein und derselbe und ist dahin auszulegen, daß es nicht eine Überführung in das rechtliche Vermögen, sondern in das tatsächliche wirtschaftliche Vermögen des Täters verlangt werden kann, denn in sein rechtliches Vermögen die Sache zu bringen kann der Täter gar nicht. „Nie kann man durch Diebstahl oder Unterschlagung, als solchen, Eigentum erwerben" (Binding a. a. O. S. 267). Unter Wegnahme im Sinne des Gesetzes wird eine Handlung verstanden, durch welche der Gewahrsam des bisherigen Besitzers gebrochen und gleich hinterher der eigene Gewahrsam

1) Vgl. Rotering, Gerichtssaal Bd. 36, S. 520ff. und 561ff.

des Täters oder der einer dritten Person, aber im Interesse des Täters, begründet wird[2]). Deshalb hat derjenige, welcher den fremden Gewahrsam gebrochen, seinen eigenen oder einen fremden hinterher nicht begründet hat, im Sinne des Gesetzes nicht weggenommen, so z. B. hat derjenige, der den Käfig aufmacht, um den darin befindlichen Vogel ausfliegen zu lassen, dem Eigentümer „enteignet", wie Binding sagt, nicht aber weggenommen. Wie die Wegnahme geschieht, ob heimlich oder vor den Augen des Eigentümers, ist für ihren Begriff ganz gleich, sie darf nur nicht unter Anwendung von Gewalt vorgenommen werden, damit nicht der Tatbestand des Raubes erfüllt werde; ferner ist es ganz gleichgültig, ob der Täter den Gewahrsam des anderen selbst oder durch ein Tier oder durch eine unzurechnungsfähige Person bricht[3]); es ist vielmehr zum Begriffe der Wegnahme erforderlich, daß die enteignete Sache in Gewahrsam des Täters gebracht wird, daher hat derjenige, welcher seinen Hund so dressiert hat, daß er ihm jeden Morgen ein Stück Fleisch aus dem Fleischerladen holt, genau so weggenommen, als ob er das selbst getan hat, ob er nachher das weggenommene Fleisch von dem Hunde verzehren läßt oder für sich behält, ist für den Tatbestand des Diebstahls gleich; auch jene Dienstmagd hat ihrem Herrn das Geld weggenommen, welche das kleine Kind dazu veranlaßt, ihr aus der Tasche des Vaters soviel Zehnpfennigstücke zu holen, als es Schokoladeplätzchen von ihr bekam; denn zur Erlangung des Gewahrsams an einer

2) Vgl. Meyer a. a. O. S. 555.

3) Vgl. Oppenhoff a. a. O. S. 574; v. Liszt a. a. O. S. 430.

Sache von dem Diebe ist nicht immer erforderlich, daß dies durch körperliches Anfassen des Gegenstandes selbst herbeigeführt wird, es genügt vielmehr zum Begriffe des Gewahrsams, daß der Gegenstand selbst in die Herrschaft des Täters gebracht wird und dieser den Willen hat diesen zu beherrschen.

Durch die Verkennung des Begriffes der Wegnahme wird die Frage, ob derjenige, welcher einem Dritten eine ihm zugängliche fremde Sache verkauft, mit der Hinweisung, der Käufer dieselbe sich selbst abzuholen, Diebstahl begeht oder der Käufer, welcher sie sich wirklich abholt, oft unrichtig beantwortet. Manche verneinen bei dem Verkäufer wie bei dem Käufer das Vorliegen eines Diebstahls und nehmen einen Betrug gegen den Käufer an, mit der Begründung, daß es zur Annahme eines Diebstahls erforderlich sei, daß der Verkäufer zunächst selbst die Sache durch seine eigene Tätigkeit aus dem Gewahrsam des Inhabers entzogen haben muß und sie dann in die Verfügungsgewalt des Käufers bringen zu können[4]). Andere dagegen (Merkel a. a. O. S. 643, H. Meyer a. a. O. S. 555) nehmen seitens des Verkäufers einen Diebstahl gegen den Eigentümer und Betrug gegen den Käufer an.

Unseres Erachtens ist richtiger bei diesem Falle zu unterscheiden: Hatte der Käufer gewußt, daß die Sache nicht dem Verkäufer gehört, so macht er sich eines Diebstahls schuldig. Es sind dabei alle Voraussetzungen für die Annahme eines Diebstahls gegeben,

---

4) Vgl. Olshausen a. a. O. S. 878; Hälschner a. a. O. S. 288 und Oppenhoff a. a. O. S. 576 nehmen Betrug an, wenn der Käufer angenommen hatte, die Sache gehöre dem Verkäufer.

daß er einer fremden Person Geld für die Sache bezahlt hat, schließt den Diebstahl ebensowenig aus, wie wenn er das Geld dem Eigentümer selbst bei der Wegnahme der Sache hinterlassen hätte; war der Käufer beim Abschlusse des Kaufes im guten Glauben, die Sache gehöre dem Verkäufer, dann begeht er gar kein Delikt; der Verkäufer aber, welcher den gutgläubigen Käufer als Werkzeug benützt, um seinen Willen, welcher dahingeht, die fremde Sache als seine eigene ihm zu verkaufen, macht sich eines Diebstahls schuldig[5]).

Der Verkäufer hat hier allerdings die Sache nicht in seinen Gewahrsam gebracht, es genügt aber andererseits zur Annahme eines Diebstahls, wenn der Täter den Willen hat, die fremde Sache unter seine Willensherrschaft zu ziehen und wenn insbesondere zu diesem Zwecke Veranstaltungen getroffen worden sind[6]).

Dies ist eben in unserem Falle zutreffend. Der Verkäufer will über die fremde Sache wie über seine eigene verfügen und dazu bedient er sich des gutgläubigen Käufers und bringt die aus dem Gewahrsam des Eigentümers gebrachte Sache sofort in den Gewahrsam des Käufers.

Wir erinnern hier an den Fall, wo jemand seinen Hund so dressiert hat, daß er sich jeden Morgen vom Fleischer ein Stück Fleisch holt und es verzehrt, auch hier wird niemand zweifeln, daß der Besitzer des Hundes sich eines Diebstahls schuldig macht, trotzdem er die tatsächliche Herrschaft über das verzehrte Fleisch nicht erlangt hat, er hat aber den Willen gehabt

---

5) Vgl. Binding, Lehrbuch I, S. 278, Grundriß II, S. 146.
6) Vgl. Rotering, Gerichtssaal Bd. 35, S. 366.

seinen Hund auf fremde Kosten zu füttern[7]), oder den Fall, wo der Herr seinem Diener fremde Sachen als seine eigenen bezeichnet und ihn zur Abholung derselben anweist.

Würde der Diener mit den weggenommenen Sachen auf dem Wege zum Herrn abgefaßt, so war nicht er wegen Diebstahls zu bestrafen, sondern der Herr, trotzdem er die tatsächliche Herrschaft über die Sachen noch nicht erlangt hat, er hat aber den Willen, sie zu behalten und Veranstaltungen getroffen, dieselben in seine tatsächliche Herrschaft zu bringen.

§ 13.

Die Rechtswidrigkeit.

Was die Rechtswidrigkeit anbetrifft, so muß beim Diebstahl wie bei der Unterschlagung die Zueignung und außerdem noch beim Diebstahl die Wegnahme rechtswidrig sein.

Zum Tatbestande ist bei diesen beiden Delikten außerdem notwendig, daß die Wegnahme wie die Zueignung zugleich subjektiv rechtswidrig ist.

Subjektivrechtswidrig ist die Wegnahme wie die Zueignung, wenn der Täter bei der Tat sich vollbewußt ist, daß er kein Recht hat dieselbe vorzunehmen. Daraus folgt, daß derjenige, welcher eine fremde Sache, in der Meinung, sie sei eine herrenlose oder in der Annahme, daß er zu ihrer Wegnahme berechtigt sei, wegnimmt, sich keines Diebstahls schuldig macht; er ist in diesem Falle nur zu ihrer Zurückgabe verpflichtet,

---

7) Vgl. Schütze a. a. O. S. 472.

begeht also nur ein ziviles Unrecht, kommt aber mit dem Strafgesetze nicht in Konflikt.

Objektiv rechtswidrig ist die Wegnahme wie die Zueignung, wenn sie ohne Zustimmung des Inhabers oder des Eigentümers geschieht. Also verübt derjenige, welcher mit der Einwilligung des Inhabers die Sache wegnimmt (ganz abgesehen davon, ob dieser seinerseits zur Erteilung der Einwilligung berechtigt war oder nicht), keinen Diebstahl, weil die Wegnahme nicht rechtswidrig war[1]); er kann an der Sache nur noch eine Unterschlagung begehen, wenn er dieselbe sich zueignet.

Für den Fall, daß der Eigentümer und der Inhaber zwei verschiedene Personen sind, ist zu bemerken, daß bei der Einwilligung des Eigentümers in die Zueignung seiner Sachen weder Diebstahl noch Unterschlagung möglich ist, wenn auch die Wegnahme gegen den Willen des Inhabers erfolgte, weil durch die Zustimmung des Eigentümers die Rechtswidrigkeit der beiden Delikten gemeinsamen Zueignung ausgeschlossen wird.

Wie oben bemerkt, muß die Wegnahme wie die Zueignung sowohl subjektiv wie objektiv rechtswidrig sein, um den Tatbestand des Verbrechens erfüllt zu werden.

Das soll das folgende Beispiel zeigen: A nimmt eine Sache weg, welche er für eine fremde hält und will sich dieselbe zueignen; hier handelt A seinerseits rechtswidrig, weil er sich voll bewußt ist, daß er weder zur Wegnahme noch zur Zueignung der Sache ein Recht hat; später stellt sich aber heraus, daß die

---

1) Vgl. H. Meyer a. a. O. S. 525.

von A weggenommene Sache von dem Eigentümer derelinquiert war, also ihre Wegnahme wie Zueignung war objektiv erlaubt. A macht sich daher keines Diebstahls schuldig, er wäre nur nach der Auffassung der sogenannten subjektiven Theorie wegen Diebstahlsversuch am untauglichen Objekte zu bestrafen.

Anderseits aber liegt auch dann kein Diebstahl vor, wenn die Wegnahme wie die Zueignung objektiv widerrechtlich, von dem Täter aber für erlaubt gehalten war, z. B. A findet eine Sache, welche er für eine herrenlose hält und eignet sie sich zu, sie war aber in Wirklichkeit nur verloren, also war ihre Zueignung nur objektiv rechtswidrig, da aber A keine rechtswidrige Absicht bei der Zueignung hatte, so ist er zwar zur Zurückgabe der Sache verpflichtet, wird aber nicht wegen Unterschlagung verantwortlich gemacht.

Weil nun die Rechtswidrigkeit der Wegnahme wie die der Zueignung ausgeschlossen wird, wenn der Eigentümer der Sache seine Einwilligung erteilt hat, so ist diejenige Handlung, durch die der Täter eine fremde Sache mit der Einwilligung des Eigentümers, oder zu dessen Gunsten aus dem Besitze eines anderen, bei welchem sie verpfändet war oder welchem das Recht der Benutzung zustand, wegnimmt, nicht als Diebstahl, sondern als ein Vergehen nach dem Art. 335 Nr. 2 als „rechtswidriges Behalten“ zu bestrafen[2]).

Wie oben bemerkt, wird durch die Zustimmung in die Wegnahme der Diebstahl und durch die Zu-

2) Vgl. Binding a. a. O. S. 294; Hälschner a. a. O. S. 290: Der Diebstahl ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Täter sich zwar die Sache gegen den Willen des Inhabers, aber mit der Zustimmung des Eigentümers zueignet; ferner Olshausen a. a. O. S. 882; H. Meyer a. a. O. S. 547.

stimmung in die Zueignung sowohl der Diebstahl wie die Unterschlagung ausgeschlossen. Ob der Täter von der Einwilligung des Berechtigten in die Wegnahme gewußt hat oder nicht, im letzteren Falle also mit Vorsatz gehandelt hat, ist ganz gleich[3]); es wird vielmehr der Diebstahl immer ausgeschlossen, wenn die Wegnahme objektiv erlaubt war, denn bei der erlaubten Wegnahme wird niemandes Interesse verletzt. Nicht aber ist das bloße Zusehen des Inhabers, wie der Täter die Sache wegnimmt, wenn er nur die Wegnahme ruhig geschehen läßt, um den Täter zu fassen, als Zustimmung in die Wegnahme aufzufassen, es kann höchstens Einwilligung in den Bruch des eigenen Gewahrsams, nicht aber in die Begründung des fremden — vorliegen (Frank a. a. O. S. 304).

Über die Frage, ob durch die Einwilligung eines Kindes, eines Geisteskranken in die Wegnahme einer Sache die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, ist dasselbe zu sagen, wie über die Frage, ob solche Personen den Gewahrsam ausüben können? Nämlich, waren solche Personen überhaupt imstande einen Willen zu entfalten und hätten sie die erforderliche Einsicht zur Erkenntnis der Wegnahme gehabt, so schließt ihre Zustimmung in die Wegnahme einer Sache die Rechtswidrigkeit derselben aus[4]), deshalb

---

3) So Binding a. a. O. S. 271; anderer Ansicht Merkel a. a. O. S. 653, nach dem schließt die von dem Täter nicht gekannte Zustimmung in die Wegnahme den Diebstahl nicht aus.

4) Vgl. Merkel a. a. O. S. 644; Hälschner a. a. O. S. 289; Oppenhoff a. a. O. S. 574, welche die Zustimmung eines Kindes, eines Geisteskranken für gleichgültig erachten, weil solche Personen den Gewahrsam nicht ausüben können und daher können sie ihn weder übertragen noch aufgeben. Anders Frank a. a. O. S. 304,

begeht derjenige, welcher eine solche Sache mit der Einwilligung ihres unzurechnungsfähigen Inhabers wegnimmt, keinen Diebstahl.

Nicht dadurch aber, daß der Täter bei der Wegnahme der Sache an ihrer Stelle eine entsprechende Summe Geld hinterläßt, wird die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. „Es wäre die seltsamste Eigentumsordnung der Welt, in der jeder jede Sache sich eigenmächtig nehmen dürfte, falls er nur dem Eigentümer das genügende Äquivalent gewährte“ (Binding a. a. O. S. 225)[5]).

§ 14.

Die Zueignungsabsicht.

Außer der Rechtswidrigkeit ist noch erforderlich, daß der Täter die Absicht hat, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen. Diese Absicht muß bei der Ausführung der Wegnahme beim Täter vorhanden sein; hat der Täter daher die Sache ohne jede Absicht oder mit der Absicht sie nur vorübergehend zu gebrauchen, weggenommen, so begeht er keinen Diebstahl, auch dann nicht, wenn der Wert der Sache durch den Gebrauch wesentlich gemindert wird; wohl aber eine Unterschlagung, wenn er sich die Sache nachher zu-

---

nach dem ist es ganz gleich, ob die Person einen rechtlich bedeutsamen Willen hat oder nicht und weil der Diebstahl mit der vollendeten Wegnahme nach ihm vollendet sei, so schließt die Einwilligung des Kindes zur Wegnahme den Diebstahl aus, nicht aber die Unterschlagung.

5) So Oppenhoff a. a. O. S. 577; H. Meyer a. a. O. S. 554; dagegen v. Bar, Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 4, S. 16; Dickel a. a. O. S 60; Hälschner a. a. O. S. 300; Draheim a. a. O. S. 46.

eignet, denn für den Tatbestand der Unterschlagung ist nur erforderlich, daß der Täter den Besitz der Sache nicht durch eine strafbare Handlung erlangt hat[1]). Derjenige also, welcher eine Sache wegnimmt, um sie sofort zu zerstören, ist wegen Sachbeschädigung, nicht aber wegen Diebstahls zu bestrafen, weil er sie dem Eigentümer definitiv zu entziehen, nicht aber alle Befugnisse auszuüben beabsichtigt, welche dem Eigentümer zustehen.

Sehr bestritten ist die Frage, ob durch die Wegnahme einer Sache mit der Absicht, sie zu verpfänden, die Zueignungsabsicht und damit der Diebstahl erfüllt sei? Manche nehmen dabei einen Diebstahl resp. eine Unterschlagung an, weil der Täter sich eine Disposition über die Sache erlaubt hat, zu welcher nur der Eigentümer befugt ist; andere verneinen den Diebstahl, weil dadurch das Befugnis des Eigentümers, seine Sache wieder in seinen Besitz zu erlangen, nicht entzogen wird und weil der Täter nur einen Nutzen aus der Sache ziehen, nicht aber die Sache selbst dem Eigentümer entziehen will.

Wir erachten es für richtiger bei jedem konkreten Falle zu prüfen, ob der Täter bei der Wegnahme der Sache die ernstliche Absicht gehabt hat, die verpfändete Sache wieder einzulösen und sie dem Eigentümer zurückzugeben, oder er hat an die Wiedereinlösung gar nicht gedacht? In ersterem Falle, wenn den Umständen nach anzunehmen ist, daß diese Absicht des Täters realisierbar war, macht sich der

---

1) Sehr ausführlich beschäftigt sich mit der Zueignung Binding: Lehrbuch I, S. 271 ff. und Grundriß II, S. 134 ff., in dem er Enteignung und Aneignung unterscheidet.

Täter, indem er das Recht des Eigentümers insoweit respektiert, daß er ihm die Sache nicht auf immer entziehen will, nur eines Unrechtes schuldig, indem er sich eine Befugnis erlaubt, fremde Sachen zu verpfänden, welches nur dem Eigentümer zusteht, nicht aber eines Diebstahls, weil er nur einen vorübergehenden Gebrauch der Sache, nicht aber ihre Zueignung will[2]). Im zweiten Falle aber, wo er an die Einlösung gar nicht denkt, begeht er Diebstahl, weil er die Sache sich zugeeignet hat.

Eine andere Frage ist, ob Zueignungsabsicht vorliegt, wenn der Gläubiger, um sich einer Forderung des Schuldners zu sichern, eine dem Schuldner gehörende Sache eigenmächtig als Pfand nimmt? Hat der Gläubiger bei der Wegnahme beabsichtigt, dieselbe zu verkaufen um sich zu befriedigen, so liegt die Zueignungsabsicht vor; sie liegt nicht vor, wenn er nur damit einen Zwang auf den Schuldner ausüben wollte (Frank a. a. O. S. 305).

Zum Schlusse dieses Paragraphen wollen wir noch kurz die in der deutschen Literatur sehr bestrittene Frage, was für ein Delekt die rechtswidrige Wegnahme fremder Sparkassenbücher vorstellt, erwähnen.

Die Ansichten gehen nämlich sehr auseinander. Es wird Diebstahl, Unterschlagung am Buche selbst, Unterschlagung an dem erhobenen Gelde, Diebstahl am Buche und Unterschlagung am Gelde oder Betrug angenommen.

Der Streit hat unseres Erachtens seinen Ursprung

---

2) Vgl. Dickel a. a. O. S. 54; Hälschner a. a. O. S. 292; Frank S. 305.

in der zivilrechtlichen Natur[3]) der Sparkassenbücher, bei denen, wie bei allen Legitimationspapieren[4]), sich Urkunde und Wert nicht decken wie bei den Inhaberpapieren; denn die Wegnahme von Inhaberpapieren zum Zwecke der Einlösung wird unbestritten als Diebstahl am Papier erachtet[5]).

Welches Verbrechen liegt nun in der widerrechtlichen Wegnahme eines Sparkassenbuches?

Bei der Wegnahme eines Sparkassenbuches können folgende Möglichkeiten vorkommen: Der Täter nimmt das Sparkassenbuch, um es sich zuzueignen, ohne dabei eine Ahnung zu haben, daß es ein Sparkassenbuch sei. Er nimmt das Buch als eine bewegliche Sache aus dem fremden Gewahrsam mit der rechtswidrigen Absicht der Zueignung weg — kurz alle Begriffsmerkmale des Diebstahls sind hier vorhanden, er macht sich also eines Diebstahls schuldig; oder er nimmt es weg mit dem Wissen, daß es ein Sparkassenbuch ist, um es zu vernichten und dadurch den Eigentümer des Buches zu schädigen; hier liegt der Tatbestand der strafbaren Sachbeschädigung vor, wobei es ganz gleich ist, ob der Gegenstand, welcher zerstört wird, einige Pfennige wert ist, wie in diesem Falle das Buch als Summa von Blättern, oder einige tausend Mark.

---

3) Über den zivilrechtlichen Charakter der Sparkassenbücher vgl. Doerr im Gerichtssaal Bd. 52, S. 3—12.

4) Es wird von der herrschenden Lehre anerkannt, daß die Sparkassenbücher, welche meist auf den Namen lauten, nicht Inhaber-, sondern Legitimationspapiere sind, vgl. Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes, Bd. 2, S. 140 ff.

5) Vgl. Hälschner, Handbuch Bd. 2, S. 283; Merkel bei Holtzendorff Bd. 3, S. 668.

Diese beiden Fälle werden allerdings nie oder nur sehr selten vorkommen.

Der Fall, welcher häufiger vorkommen wird, ist der, daß der Täter das Sparkassenbuch wegnimmt, um einen Teil des Guthabens zu erheben und das Buch dem Eigentümer wieder zurückzugeben oder daß er es wegnimmt, um das ganze Guthaben zu erheben.

Man muß deshalb besser fragen, was für ein Delikt stellt die rechtswidrige Wegnahme eines Sparkassenbuches zum Zwecke der Erhebung des Guthabens vor?

Die herrschende Ansicht geht dahin, daß die Wegnahme eines Sparkassenbuches, um einen Teil oder das ganze Guthaben zu erheben als Diebstahl beziehungsweise Unterschlagung zu bestrafen sei.

Diese Ansicht, welche auch das deutsche Reichsgericht (E. X. S. 369) vertritt, beruht aber auf einer Verkennung des Zueignungsbegriffes. Das Reichsgericht behauptet nämlich, daß es zum Begriffe der Zueignung genüge, wenn der Täter sich über die Sache eine einzige Verfügung erlaubt, zu der nur der Eigentümer berechtigt ist. Das ist aber nicht richtig, denn zum Begriffe der Zueignung ist wesentlich, daß der Täter den Vorsatz hat, die Substanz der weggenommenen Sache dem Eigentümer definitiv zu entziehen und an ihr durch das Verhältnis, in welchem er zu ihr tritt, den gesamten Inhalt derjenigen Befugnisse auszuüben, welche der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts ausübt; eine Absicht, sich der Sache nach dem Gebrauche zu entäußern, ist keine Zueignungsabsicht[6]). Wenn man den Begriff der Zueignung

6) Vgl. Olshausen a. a. O. S. 879; v. Liszt a. a. O. S. 431.

so auffassen wollte, daß eine einzige Verfügung über die Sache als genügend anzusehen sei. so muß man konsequenterweise auch denjenigen wegen Diebstahls verurteilen, welcher eine fremde Sache wegnimmt, um sie zu verpfänden und nach der Einlösung sie dem Eigentümer zurückzugeben, oder auch dasjenige Dienstmädchen, welches das Kleid ihrer Herrin anzieht, um auf den Ball zu gehen, und es wieder nachher an seinen Ort zu bringen.

Bei allen diesen Fällen erlaubt sich der Täter eine Befugnis, welche nur dem Eigentümer zusteht und doch wird, weil in allen diesen Fällen die Zueignungsabsicht fehlt, nie ein Diebstahl angenommen; deshalb finden wir, daß bei der Wegnahme eines Sparkassenbuches, um einen Teil des Guthabens zu erheben und es dem Eigentümer wieder zu geben, der volle Tatbestand des Diebstahls nicht erfüllt sei[7]).

Eine andere, wenig vertretene Ansicht nimmt bei der Wegnahme eines Sparkassenbuches, um das Geld zu erheben, eine Unterschlagang an dem erhobenen Gelde an.

Diese Ansicht wird hauptsächlich von Feisenberger (die widerrechtliche Hebung fremden Sparkassenbuchguthabens) vertreten.

Er führt S. 55 aus:

> „Es macht sich der Erheber durch die Zueignung des an ihm ausgezahlten Geldes einer Unterschlagung schuldig, indem er eine fremde bewegliche Sache, d. h. der Sparkasse zum

---

7) Gegen die Annahme eines Diebstahls sprechen sich ferner Doerr im Gerichtssaal Bd. 52, S. 13 ff.; Eckardt a. a. O. S. 55 ff.; v. Liszt a. a. O. S. 431; Olshausen a. a. O. S. 880 aus.

Eigentum gehöriges Geld, die er im Besitze, Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet."

Das ist aber durchaus nicht richtig, denn die Sparkasse will den Empfänger zum Eigentümer machen und dieser will Eigentum erwerben; aber wenn auch das erhobene Geld, wie Feisenberger meint, für den Erheber eine fremde Sache wäre, so können wir doch eine Unterschlagung nicht annehmen, weil die Handlung, durch welche der Erheber den Gewahrsam erlangt hat, den vollen Tatbestand eines anderen im Strafgesetze bedrohten Verbrechens, nämlich des Betruges erfüllt[8]).

Nun wollen wir noch sehen, ob bei der Erhebung des Guthabens eines fremden Sparkassenbuches alle erforderlichen Merkmale eines strafbaren Betruges, was die dritte über diese Frage vertretene Ansicht behauptet, vorliegen.

Zum Tatbestande des Betruges gehört eine Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen und das Vermögen eines anderen durch Vorspiegelung falscher Tatsachen zu beschädigen.

Daß die Absicht, sich einen Vermögensvorteil durch die Erhebung des Geldes zu verschaffen, vorliegt, ist ganz klar und daß dadurch fremdes Vermögen (nämlich das des Einlegers) beschädigt wird, ist ebenso unzweifelhaft.

Nun fragt sich, ob der Erheber das Geld durch

---

8) Vgl. Oppenhoff a. a. O. S. 603: In einem solchen Fall, wo der Gewahrsam durch eine mit einer rechtswidrigen Zueignung verbundenen Missetat erlangt war, kann nur wegen dieser Missetat gestraft werden; spätere Verfügungen über die Sache sind keine Unterschlagungen.

Vorspiegelung falscher Tatsachen erlangt? Wir bejahen diese Frage aus den folgenden Gründen:

Daß die betrügerische Vorspiegelung seitens des Täters, wie Feisenberg a. a. O. S. 16 sagt, in diesem Falle ganz überflüssig war, weil der Täter nur einen fremden Irrtum benützt, indem ihn der Sparkassenbeamte für den Berechtigten hält und ihm zahlt, ist nicht richtig; diesen Irrtum erweckt gerade der Erheber. Durch das Vorzeigen des Sparkassenbuches geriert sich der Erheber als der Eigentümer und dadurch täuscht er den Sparkassenbeamten, welcher nur dem Eigentümer zahlen will. Also das bloße Präsentieren des fremden Sparkassenbuches ist schon an sich Vorspiegelung falscher Tatsachen[9]).

Anders verhält es sich, wenn die Wegnahme des Buches erfolgt, um das ganze Guthaben zu erheben; denn derjenige, welcher in dieser Absicht ein Sparkassenbuch wegnimmt, will es definitiv dem Eigentümer entziehen und sich zueignen; hier liegt also der volle Tatbestand des Diebstahls vor. Daß er sich durch das Erheben des Guthabens eines Betruges schuldig macht, haben wir oben gesehen; daher erachten wir bei der Wegnahme eines Sparkassenbuches, um das ganze Guthaben zu erheben, die Annahme einer Realkonkurrenz von Diebstahl und Betrug für geboten[10]). Nur in dem Falle, wo das Sparkassenbuch weggenommen wird, um lediglich einen Teil des Guthabens zu erheben und es dem Eigentümer wieder zurückzugeben, macht sich der Täter ausschließlich

---

9) Vgl. Doerr im Gerichtssaal Bd. 52, S. 41. Zu dieser Ansicht bekennen sich ferner: Binding, Lehrbuch I, S. 268; v. Liszt a. a. O. S. 431; H. Meyer, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 586.

eines Betruges bei der Erhebung des Geldes schuldig; die Wegnahme des Buches war hier ein strafloses furtum usus.

Was das bulgarische Recht über diese Frage anbetrifft, so wird die Annahme eines Betruges bei der Erhebung des fremden Guthabens dadurch, daß die Post, welche nur allein Sparkassenbücher ausstellt, immer noch eine andere Legitimation außer der durch das Sparkassenbuch verlangt, leichter gerechtfertigt.

§ 15.

Vollendung und Versuch.

Was die Vollendung der beiden Delikte anbetrifft, so ist zu bemerken, daß die Unterschlagung mit der vollzogenen Zueignung vollendet ist[1]); wann die Zueignung vollzogen sei, bestimmt das Gesetz im Abs. 2 des Art. 319 ganz genau.

Eine ausdrückliche Bestimmung, wann der Diebstahl als vollendet anzusehen ist, hat das Gesetz nicht getroffen; richtig ist wohl, daß der Diebstahl durch die vollendete Wegnahme mit Zueignungsabsicht vollendet ist, also mit dem Bringen der Sachen aus dem fremden in den eigenen Gewahrsam[2]).

Damit steht das Gesetz am nächsten zur sogen. Apprehetionstheorie, wonach die Vollendung mit der Besitzergreifung vollzogen ist; ein Bereitlegen der Sache, damit sie leichter weggenommen werden kann,

10) Vgl. Stenglein, Gerichtssaal Bd. 52, S. 62.

1) Vgl. Merkel a. a. O. S. 708; v. Liszt a. a. O. S. 447.

2) Vgl. Oppenhoff a. a. O. S. 575; v. Liszt a. a. O. S. 432; Nikoff a. a. O. S. 373; Merkel a. a. O. S. 664.

genügt zur Vollendung nicht; wohl aber liegt vollendeter Diebstahl vor, wenn der Täter die Sache schon hatte und durch das Eintreten des Eigentümers genötigt war, sie zurückzugeben.

Zur Vollendung der Wegnahme und damit des Diebstahls ist noch zu bemerken, daß bei jedem konkreten Fall geprüft werden muß, ob der Inhaber unmittelbar seine Verfügungsgewalt über die Sache ausüben kann oder nicht; im ersteren Falle ist die Wegnahme schon vollendet, im zweiten — noch nicht, so z. B. bei dem angeblichen Kauflustigen, welcher die Sache zur scheinbaren Prüfung unter den Augen des Verkäufers wegnimmt, ist die Wegnahme noch nicht vollendet, weil der Verkäufer jeden Augenblick über die Sache verfügen kann; ist aber der Käufer mit der Sache heraus aus dem Laden, so ist jetzt die Wegnahme schon vollendet. Ferner ist die Wegnahme noch nicht vollendet, wenn der Dieb die Sache in den Räumen des Inhabers versteckt, um sie bei Gelegenheit abzuholen, da, wie schon erwähnt, sind alle Sachen, welche sich in den Räumen des Inhabers befinden, in seinem Gewahrsam, ganz unabhängig davon, ob er es weiß oder nicht, daher macht sich der Täter nur bei ihrer Abholung eines vollendeten Diebstahls schuldig[3]).

Der Versuch ist durch Art. 49 Nr. 3 des Strafgesetzes, wo es heißt, daß nur der Versuch bei den Übertretungen straflos bleibt, beim Diebstahl und der Unterschlagung, als Vergehen[4]), für strafbar erklärt.

---

3) Vgl. Hälschner a. a. O. S. 286; anders Merkel a. a. O. S. 665.

4) Das bulgarische Strafgesetz kennt eine Zweiteilung der Deliktshandlungen: Vergehen (Verbrechen) und Übertretungen.

Da die Unterschlagung mit der vollzogenen Zueigung vollendet ist, so bleibt für den strafbaren Versuch sehr wenig Platz, weil die Handlung sich in einem Akte vollzieht, weshalb ihn auch sehr viele leugnen[5]). Möglich, wenn auch in sehr wenigen Fällen, ist er doch[6]), so z. B. wäre ein Versuch anzunehmen, wenn der Täter mit dem Dritten über die fremde Sache einen Verkauf abschließen will, dagegen in dem Falle, wo der Kassenbeamte das empfangene Geld in das Buch nicht eingeschrieben, das Geld selbst aber, um es andersmal wegzunehmen, in der Kasse gelassen hat, liegt nur eine Vorbereitungshandlung, nicht aber ein Versuch der Unterschlagung vor[7]).

Auch bei dem einfachen Diebstahl, wo das Delikt sich gewöhnlich in einem Akte vollzieht, kommt der Versuch sehr wenig in Betracht[8]); immerhin ist ein solcher denkbar, wenn der Täter die Absicht hat, sich eine fremde Sache zuzueignen und mit der Wegnahme begonnen hat. Es ist allerdings bei jedem konkreten Falle zu prüfen, ob wirklich ein strafbarer Versuch oder nur eine straflose Vorbereitungshandluug vorliegt, so z. B. liegt in dem oben erwähnten Falle, wo der Täter die Sache in den Räumen des Inhabers versteckt, um sie ein anderes Mal abzuholen, nur eine Vorbereitungshandlung vor. Öfter kommt Versuch vor in denjenigen Fällen, wo die Sache durch den Täter beweglich gemacht werden muß, da dort eine

5) So Nikoff a. a. O. S. 469.

6) Vgl. Frank a. a. O. S. 318; Hälschner a. a. O. S. 362; v. Liszt a. a. O. S. 447.

7) Anderer Ansicht Merkel, er nimmt a. a. O. S. 708 in diesem Falle Versuch an.

8) Hälschner a. a. O. S. 304; Merkel a. a. O. S. 667.

Zeit zwischen Zueignung und Wegnahme liegt, so z. B. beim Stehlen eines Baumes, wo die Zueignung erst nach der Fällung geschehen kann.

Eine viel größere Rolle spielt der Versuch beim schweren Diebstahl; denn hier muß der Täter, um die Wegnahme vollziehen zu können, vorher gewisse Handlungen vornehmen, welche schon zum Tatbestande des Verbrechens gehören; so z. B. beim Einsteigen in eine Wohnung, um dort zu stehlen, beim Einbruchsdiebstahl; doch liegt ein Versuch beim Einsteigen, Einbruch erst dann vor, wenn der Täter mit dem Einsteigen oder Einbrechen selbst angefangen hat, während nur eine Vorbereitungshandlung anzunehmen ist, wenn der Täter mit einer Leiter oder mit anderen zum Einsteigen geeigneten Mitteln vor einer Wohnung ertappt wird[9]).

9) Vgl. Oppenhoff a a. O. S. 574; Olshausen a. a. O. S. 911; Hälschner a. a. O. S. 233.